جامعة عين شمس
Ain Shams University
كلية الحقوق

مسئولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني

دراسة مقارنة

بالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق
من كلية الحقوق - جامعة عين شمس

إعداد الباحث
عماد أحمد أبو صد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة من

أ.د/ حمدي عبد الرحمن أحمد (مشرفا ورئيسا)
أستاذ القانون المدني كلية الحقوق جامعة عين شمس - عميد كلية الحقوق جامعة المنوفية سابقا

أ.د/ نزيه محمد الصادق المهدي (عضـــوا)
أستاذ القانون المدني كلية الحقوق جامعة القاهرة

أ.د/ محمد محمد إسماعيل فرحات (عضـــوا)
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس

٢٠٠٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

جامعة عين شمس
Ain Shams University
كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

اسم الطالب : عماد أحمد أبو صد

عنوان الرسالة : مسئولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني

(دراسة مقارنة) بالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري

اسم الدرجة : دكتوراه

لجنة الإشراف :

أ.د/ حمدي عبد الرحمن أحمد

أستاذ القانون المدني كلية الحقوق جامعة عين شمس

أ.د/ نزيه محمد الصادق المهدي

أستاذ القانون المدني كلية الحقوق جامعة القاهرة

أ.د/ محمد محمد إسماعيل فرحات

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس

تاريخ البحث : / / ٢٠٠٩

الدراسات العليا

ختم الاجازة أجيزت الرسالة

بتاريخ / / ٢٠٠

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

٢٠٠٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كلية الحقوق
قسم القانون المدني

صفحة العنوان

اسم الطالـــــب : عماد أحمد أبو صد

اسم الدرجـــة : دكتـــوراه.

القسم التابع له : القانون المدني.

اسم الكليـــة : الحقـــوق.

الجامعـــة : عين شمـــس.

سنة التخـرج :

سنة المنـــح :

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بسم الله الرحمن الرحيم

(سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الحَقُّ)

[فصلت آية: (٥٣)]

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إهـــداء

اهدي هذا العمل المتواضع
إلى روح والدي رحمه اللّه
ووالدتي حفظها اللّه
وإلى زوجتي وأولادي
وإلى أخوتي وأخواتي

***

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

شكر وتقدير

بعد شكر الله -عز وجل- الذي منّ عليّ بإتمام هذا العمل، لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الدكتور **حمدي عبد الرحمن أحمد** الذي تفضل وقبل الإشراف على هذه الرسالة وتحمل معي عناء إعداد هذا العمل وكان طوال هذه الفترة نِعمَ الأستاذ الفاضل والمربي الجليل والناصح الأمين، فله كل الشكر.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل كلاً من الأستاذ الدكتور **محمد نزيه الصادق المهدي** والأستاذ الدكتور **محمد محمد إسماعيل فرحات** الذين تفضلا وكانا أعضاء في لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة.

والشكر موصول أيضا إلى كل من ساهم أو تحمل معي عناء إعداد هذا البحث، فلكل هؤلاء كل الشكر وعظيم الامتنان، وأسأل الله العظيم أن يجزيهم عني خير الجزاء

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المقدمة

يُعدّ القانون أحد مظاهر الحياة الاجتماعية الذي تطور بتطور الإنسان والمجتمع، والتطور لا يقف عند حد فما قد يعد مستحيلاً في وقتنا الحاضر قد يكون من السهل وجوده في المستقبل القريب، وما التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات والحاسوب الذي تم خلال العقدين الماضيين إلا خير مثال على ذلك، وتعدّ نظرية "الالتزام" أو الحق الشخصي من النظريات التي تطورت مع تطور القانون ولا تزال محور بحث وتطور، ولعل السبب في ذلك أن هذه النظرية تعدّ أهم نظريات القانون الخاص بل وربما العام أيضاً ولن يتقن علم القانون وفنه إلا من أتقن هذه النظرية.

ونظرية "الالتزام" من أقدم نظريات القانون، وهي الركيزة الأساسية لقانون أي بلد، لكن، وعلى الرغم من قدمها، فإن للقوانين وفقهاء القانون مذاهب في هذه النظرية: فمنهم من يرى في النظرية الشخصية للالتزام الحل الأمثل ويدافع عنها، فيرد عليهم أنصار النظرية الموضوعية مبينين محاسن نظريتهم، والخلاف بين الفقهاء يظهر على أشده في نظرية المسئولية التقصيرية فتجد من يرى في الخطأ أساساً لهذه المسئولية فيدافع عنه، ومن يرى في الضرر أساساً يدافع عنه أيضا، حتى انعكس هذا الخلاف على القوانين المدنية فمنها ما أسس نظرية المسئولية التقصيرية على الخطأ كالقانون المدني المصري ومنها ما أقامها على الضرر كالقانون المدني الأردني.

والمسئولية التقصيرية، كما يسميها الفقهاء، نصت عليها القوانين المدنية باعتبارها المصدر الثالث من مصادر الحق أو الالتزام إلا أن كثرة وقوعها، وكثرة القضايا التي تنشأ بسببها جعلتا الحديث عنها والعمل بها يكثر

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعلى الرغم من ذلك فإن بعض الباحثين لم يرضوا عما قام به القانون المدني الأردني، وانتقدوا التفرقة بين المباشرة والتسبب،[1] بل أكثر من ذلك فإن بعضهم أقام المسئولية عن الفعل الضار على أساس الخطأ وليس الضرر وعلى رأس هؤلاء محكمة التمييز؛ إذ ما زالت تصر على أن الخطأ هو قوام المسئولية عن الفعل الضار وذلك في الكثير من أحكامها، ومنها على سبيل المثال ما قررته في إحدى القضايا حيث قالت (يستفاد من أركان المسئولية التقصيرية المترتبة على الفعل الضار أنه يتوجب وجود خطأ وضرر ورابطة سببية)[2].

ويعد هذا الاختلاف بين موقف القانون الأردني من جهة ، وبين موقف القضاء وبعض الفقه الأردني من جهة أخرى، من أهم الأسباب التي دعتنا إلى البحث في موضوع هذه الرسالة، وذلك لاستجلاء الموقف والوقوف على حقيقة ما نص عليه القانون الأردني، أضف إلى أن هذه الرسالة تسد فراغاً في المكتبة القانونية الأردنية حيث لم يسبقنا أحد إلى الكتابة في هذا الموضوع بالتفصيل الذي سوف نتناوله به،[3] ذلك فضلاً عن رغبتنا في

(١) محمد يوسف الزعبي، مسئولية المباشر والمتسبب بحث في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني، العدد الأول ١٩٨٧.

(٢) تمييز حقوق ٢٠٠٤/٣٥٦٤ تاريخ ٢٠٠٤/٢/١٥ منشورات مركز عدالة وتكرر اشتراط الخطأ كركن في المسئولية عن الفعل الضار في كثير من القرارات انظر على سبيل المثال

تمييز حقوق ٢٠٠٥/٢٠٤٥ تاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٨

تمييز حقوق ٢٠٠٤/١٣٠٥ تاريخ ٢٠٠٤/٨/١٦

تمييز حقوق ٢٠٠٣/٤٥٠٣ تاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٠

جميعها منشورات مركز عدالة.

(٣) إن معظم الدراسات السابقة في الموضوع كانت عبارة عن بحث للمسئولية التقصيرية في إطار الكتب العامة التي تتحدث عن مصادر الالتزام انظر على سبيل المثال،=

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التاريخي للقانون المدني الأردني، ثم نبحث في موقف القانون الأردني ومدى موافقته أو مخالفته لأصله التاريخي، ومن ثم نتحدث عن موقف القانون المصري من خلال مقارنته بالقانون المدني الأردني على اعتبار أن القانون المصري يمثل نظاماً مختلفاً عن القانون الأردني، واستخدام المقارنة لم يمنعنا من استخدام المنهج التحليلي كلما وجدنا حاجة له، وقد كنا نسارع إلى إبداء رأينا كلما كانت هناك مسألة تحتاج لإبداء الرأي، لقناعتنا أن الهدف من الرسائل الجامعية هو التعلم والتدرب على البحث العلمي، فهي تعتبر أول الطريق في البحث العلمي ولابد من إظهار شخصية الباحث من خلالها فإن أصبنا في إبداء الرأي فهذا توفيق من الله عز وجل، أما إن أخطأت فمني ومن الشيطان وحسبي في ذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام (من اجتهد فأصاب فله أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر).

خطة الدراسة

وقد قسمنا هذه الرسالة إلى تمهيد وبابين.

في التمهيد سوف نتحدث عن التعريف بالقانون المدني الأردني ونظرية الفعل الضار فيه.

أما الباب الأول فسيتم تخصيصه للحديث عن أركان مسئولية المباشر والمتسبب وفقاً للتفصيل التالي:

الفصل الأول: الفعل الضار

المبحث الأول: شروط الفعل الضار بالنسبة للمباشر

المبحث الثاني: شروط الفعل الضار بالنسبة للمتسبب

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

تمهيد

التعريف بالقانون المدني الأردني
ونظرية الفعل الضار فيه

في هذا التمهيد لم نشأ أن نسميه باباً أو فصلاً، إنما هي صفحات قليلة نتحدث فيها عن العنوان المشار إليه أعلاه؛ وذلك لكي نعطي القارئ فكرة عن القانون المدني الأردني، فقط ولن نتحدث عن الفقه الإسلامي أو القانون المدني المصري في هذه الصفحات؛ ذلك أنهما قد بحث التعريف بهما، وبنظرية الضمان في الأول، وبالمسئولية عن العمل غير المشروع في الثاني، بكثرة في الكتب العامة، لذلك وتجنباً للتكرار سوف نقصر الحديث عن القانون المدني الأردني.

أولاً: كيفية وضع القانون المدني الأردني

لقد كانت المملكة الأردنية الهاشمية جزءاً من الدولة العثمانية، وطبقت على أراضيها مجلة الأحكام العدلية، وبعد انهيار الدولة العثمانية وقعت الأردن تحت نير الاستعمار البريطاني، وظلت خلال هذه الفترة تطبق مجلة الأحكام العدلية، لكن وبعد استقلال المملكة الأردنية الهاشمية، وكجميع الدول المجاورة، بدت الحاجة ملحة لوضع قانون مدني عصري يواكب التطورات التي حدثت، إذ لم تعد مجلة الأحكام العدلية كافية لمعالجة المعاملات المالية، وتم وضع مشروع قانون مدني أردني مستنداً إلى القانون المدني المصري، وعرض هذا المشروع على مجلس الأمة، وتم إقراره، إلا أن جلالة الملك لم يصادق عليه بناءً على رغبة عدد من رجال العلم والفقه والفكر والقانون الذين توجهوا لجلالته طالبين أن تظل المملكة الأردنية

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والقانون المدني الأردني بهذا يعد أول قانون عربي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية[1] وقد اتخذ أساساً لغيره من القوانين المدنية التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية، مثل قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، ومشروع قانون المعاملات العربية الموحد، ومما يحسب للقانون المدني الأردني أنه جعل الفقه الإسلامي والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني من مصادر القانون، وكذلك فهو أحال في فهم نصوص القانون وتفسيره وتأويله ودلالته إلى أصول الفقه الإسلامي[2].

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن هذا القانون، وعلى الرغم من أنه يتكون من ١٤٤٩ مادة، وعلى الرغم من أنه عالج معظم نواحي المعاملات المالية المدنية بين الأفراد، فإنه لم يلغ مجله الأحكام العدلية بالكامل، إنما ألغى منها ما يتعارض مع أحكامه فقط، فالمعاملات المالية أو روابط الأحوال المالية في الأردن محكومة بالقانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية بما لا يتعارض مع أحكام القانون المدني.

ثانياً : هيكلية القانون المدني الأردني

لقد تم تقسيم القانون المدني الأردني إلى باب تمهيدي وأربعة كتب، ففي الباب التمهيدي تم الحديث عن الأحكام العامة للقانون، ونطاق تطبيقه، وعن الأشخاص والأشياء والأموال والحق، أما الكتاب الأول منه فتم

---

(١) من القوانين التي سبقت القانون المدني الأردني وتأثرت بالفقه الإسلامي القانون المدني العراقي حيث انه وضع سنة ١٩٥١ إلا انه لم يكن مستمدا من الفقه الإسلامي إنما كان مزيج من القانون الوضعي والفقه الإسلامي وذلك كمقدمة لوضع قانون مستمد من الفقه الإسلامي للتفصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية العددان الأول والثاني ١٩٦٢.

(٢) المادة ٢و٣ من القانون المدني الأردني.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

(٦) استهداف المصلحة العامة في التعامل، حيث لا نص، أخذاً بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية، أنه حيث تحققت المصلحة فثم شرع الله.

(٧) إقرار الكثير من الأحكام التي تضمنها المشروع الأول لعدم تعارضها مع أحكام الفقه الإسلامي ومع الاتجاهات العامة في القانون، فضلاً عن دراية الكثيرين ممن يمارسون العمل القانوني بها.

(٨) لم يجنح القانون إلى الغلو والانحراف إلى جانب اتجاه اجتماعي خاص أو رأي ينحاز إلى مذهب معين بل وفق إلى حد بعيد بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة وجعل العدالة والخير مذهبه الأسمى[١].

هذه المبادئ التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية يفهم منها ضمناً أن القانون المدني الأردني قد اقترب من النزعة الموضوعية أكثر من الشخصية مع عدم إغفاله لها والمتتبع لنصوص القانون يجد هذه النزعة الموضوعية ظاهرة في هذا القانون ومن أمثلة ذلك نظرية الحق الشخصي وتعريف القانون المدني الأردني للحق الشخصي حيث عرفه بأنه (رابطة بين دائن ومدين) فهو اهتم بإظهار الرابطة دون أشخاصها[٢].

ومن مظاهر النزعة الموضوعية أيضا في القانون المدني الأردني تعريفه للعقد حيث عرفه بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع

(١) المذكرات الإيضاحية جـ ١ ص ٢٦-٢٧

(٢) المادة ٦٨ من القانون المدني الأردني (الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أن القانون فيه بعض الاختلافات عن الفقه الإسلامي أو أنه نظم أشياء بها خلافات فقهية كعقد التأمين، ويبقى هذا العمل عملا بشريا يعتريه بعض النقص والقصور الأمر الذي يحتاج إلى مراجعة وتنقيح دائمين لتلافي هذه الأمور التي لا تظهر إلا بالتطبيق العملي، فكون أن هذا القانون مأخوذ من الفقه الإسلامي فهذا لا يعطيه القدسية والعصمة فهو لا يعدو والحالة هذه أن يكون اجتهاداً قابلاً للتطور والتغيير إذا تغيرت الظروف، وكنا نتمنى على واضع القانون الأردني كما بدأ في القانون المدني وأخذه من الفقه الإسلامي، أن يستمر في ذلك مع بقية القوانين ويأخذ أحكامها من الفقه الإسلامي، ويحضر لي في هذا المقام مقولة للأستاذ السنهوري عندما كان يدعو لتعديل القانون المصري القديم حيث قال (علينا أولاً أن نمصر الفقه، فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً، نرى فيه طابع قوميتنا، ونحس أثر عقليتنا... فإن قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه في جو مصري، يشب فيه على قدم مصرية، وينمو بمقومات ذاتية، بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية) (١).

هذا كلام يدل على أن أي قانون يراد وضعه لابد أن يكون مستمداً من الموروث الثقافي والتراث الحضاري للمجموعة التي يراد وضع القانون لها، ونحن أمة لدينا تراث نافسنا به الأمم في فترة من الفترات فآن لنا أن نعود إلى حضارتنا وتراثنا.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول. نظرية الالتزام، دار النهضة العربية في المقدمة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أنت[1] وبوضع المصطلحين مع بعضهما البعض يمكن أن نقول إن الفعل الضار (هو كل عمل أو امتناع سبب آذى للغير أو خسارة في نفسه أو ماله أو سمعته) والأثر المترتب على الفعل الضار هو الضمان وهذا مفهوم من دلالة العبارات الصريحة للمادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني التي نصت (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) والضمان هو تعبير شائع على لسان فقهاء المسلمين وقد اختلفت تعريفاته لديهم بحسب استعماله إذ أنه يستعمل في كفالة النفس ويطلق على غرامة المتلفات ويطلق على ضمان المال ويطلق على ما يجب بإلزام الشارع بسبب الاعتداءات كالديات وغيرها[2]، وقد أعلنت المذكرة الإيضاحية موقفها من تعريف الضمان فقررت أن الضمان المقصود في هذا الباب هو إلزام الشخص بتعويض المضرور عن الضرر الذي حصل له بفعله وقد يقصد به ما يلزم به من ارتكب الفعل الضار[3]، أما عن الأساس الذي بنى القانون المدني نظرية الفعل الضار عليه فهو مجرد حدوث الضرر بغض النظر عمن صدر منه هذا الضرر حتى ولو صدر عن غير مميز وهو بذلك قد خالف القانون المصري والسوري[4].

أما عن النهج الذي عالج فيه القانون المدني الأردني هذا الموضوع، فقد لاحظنا أن هناك اختلافاً بين المذكرة الإيضاحية والقانون حيث ذكرت المذكرة الإيضاحية أنه سوف يتم بحث موضوع الفعل الضار بأربعة فروع الأول للأحكام العامة أما الثاني فللمسئولية عن الأعمال الشخصية والثالث

---

(١) لسان العرب مادة ضرر.

(٢) الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت جـ ٢٨ ص ٢٢٠ وسوف يشار لها فيما بعد الموسوعة الفقهية.

(٣) المذكرة الإيضاحية جـ ١ ص ٢٧٥.

(٤) المرجع السابق جـ١ ص ٢٧٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١) من حيث مصدر المسئولية فالمسئولية الدينية أو الأخلاقية تنشأ عن مخالفة قواعد الدين أو الأخلاق السائدة في المجتمع أما المسئولية عن الفعل الضار فهي لمخالفة قواعد قانونية صادرة عن سلطة مختصة بإصدارها وفق أحكام الدستور.

٢) من حيث النطاق فدائرة الأخلاق والدين أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً من دائرة القانون ذلك أن الأخلاق والدين تهتم بتهذيب النفس البشرية من الداخل والخارج فهي تحث على مكارم الأخلاق وتزكية النفس وعلى حسن النوايا، لذلك فإن هذه المسئولية الأدبية تكون حالات وجودها أكثر من المسئولية عن الفعل الضار، لأن القانون لا يهتم بالفرد إلا من الخارج فهو يهتم بالسلوك الظاهر فقط.

٣) من حيث الجزاء فهو في المسئولية الأدبية أو الدينية جزاء معنوي يتمثل في الاستهجان والاستغراب أما في المسئولية عن الفعل الضار فهو جزاء مادي متمثل في دفع مبالغ التعويض.

٤) أخيراً فإن المسئولية عن الفعل الضار مرتبطة بالضرر وجوداً وعدماً فلا مسئولية بلا ضرر حتى ولو وجد الفعل، والضرر المقصود هو الضرر الذي يصيب الغير في نفسه أو ماله أما المسئولية الدينية أو الخلقية فليس الضرر أساساً لوجودها فيمكن أن تقوم هذه المسئولية على الرغم من عدم وجود الضرر.

سادساً : المسئولية الجزائية والمسئولية عن الفعل الضار

طالماً بدأنا الحديث عن الفرق بين المسئولية المدنية والجزائية فنحن نتحدث عن المسئولية القانونية بمعناها الواسع، أي المسئولية التي تنشأ نتيجة مخالفة قواعد القانون، ويتم التمييز دائماً في هذا المقام بين المسئولية الجزائية

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

توفرت شرائطها ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسئولية المدنية وتقدير التعويض) كما ربط القانون تقادم دعوى المسئولية المدنية بتقادم الدعوى الجزائية إن كانت الأولى ناشئة عن الثانية، ومعنى ذلك أنه متى قامت المسئولية الجزائية فان البحث عنها يكون بالاستناد إلى القوانين الجزائية، وليس شرطا لقيام المسئولية الجزائية أن تقوم المسئولية المدنية إذ أن الأخيرة لها شروطها وأركانها المعتبرة في القانون المدني، لكن الارتباط يتم من خلال قاعدة أن القاضي الجزائي إذا بحث أموراً ضمن اختصاصه فلا يحق للقاضي المدني أن يبحثها مرة أخرى إنما يبني عليها، فلو ثبت أمام القاضي الجزائي مسئولية أحد الأشخاص جزائياً عن فعل إيذاء أو إتلاف مال، فلا يقبل من القاضي المدني إعادة البحث في ارتكاب أو عدم ارتكاب هذا الفعل، كما أنه إن كانت المسئولية المدنية ناشئة عن فعل جزائي فليس شرطاً لثبوت المسئولية المدنية مباشرة الدعوى الجزائية فلا يوجد ما يمنع المضرور من اختيار الطريق المدني للمطالبة على الرغم من أن الفعل يشكل جريمة جزائية كما أنه لا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسئولية المدنية وتقدير الضمان[1]، لكن وكما سبق أن ذكرنا أنه إن اختار المضرور سلوك الطريق الجزائي ثم بعد ذلك قرر المطالبة المدنية فإن ما قضى به القاضي الجزائي بحكم مكتسب الدرجة القطعية يعد عنوان الحقيقة فيما فصل به من حيث وقوع الفعل ونسبته إلى فاعله الأصلي وعلى القاضي المدني

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٨٩/٩٨٦ تاريخ ١٩٩٠/٣/٢٩، تمييز حقوق رقم ١٩٨٧/٨١٤ تاريخ ١٩٨٧/١١/٢ منشورات مركز العدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بالمباشرة، ولابد من توافر التعدي إن كان الإضرار بالتسبب، ولا يثور الحديث أو البحث عن الخطأ في المسئولية عن الفعل الضار، إذاً فمعيار التفرقة وجود أو عدم وجود العقد الصحيح ووجود الإخلال للالتزامات المترتبة بموجب هذا العقد.

وبناءً على هذه التفرقة فإن هناك نتائج هامة للتمييز بين هاتين المسئوليتين حسب أحكام القانون المدني الأردني:

١) من حيث الضمان فلتقدير ضمان الإضرار الناشئة عن الفعل الضار فقد نص القانون الأردني على أسس وقواعد خاصة عند الحديث عن الفعل الضار وهي بشكل عام الخسارة اللاحقة والكسب الفائت والضرر المعنوي أما عند الحديث عن آثار الحق وعند بحث التنفيذ عن طريق التعويض فقرر القانون المدني الأردني أن الضمان لا يشمل إلا الضرر الواقع فعلاً دون أن يتحدث عن الكسب الفائت أو الضرر المعنوي.

٢) أما عن الأهلية فالمسئولية العقدية لا تقوم إلا بحق البالغ العاقل ذلك أن هذا الشخص هو الذي يسمح له بإبرام العقود إذ أن أهلية الأداء وهي بلوغ سن الثامنة عشرة شرط لصحة العقد، بينما الأهلية ليس شرطاً ولا حتى التمييز في حال قيام المسئولية عن الفعل الضار.

٣) الإعذار شرط لاستحقاق الضمان في المسئولية العقدية، بينما المضرور معفي من توجيهه في المسئولية عن الفعل الضار.

٤) من حيث التقادم فإن المسئولية عن الفعل الضار لها مدة تقادم خاصة حددها القانون بثلاث سنوات من تاريخ وقوعه على المضرور بوقوع الفعل الضار وبالمسئول عنه ومدة سقوط هي ١٥ سنة من

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الباب الأول

أركان مسئولية المباشر والمتسبب

تمهيد وتقسيم

الركن هو ما لا وجود للشيء إلا به ويكون داخلاً في ماهيته، وحتى تتحقق مسئولية المباشر والمتسبب، لا بد من توافر أركان بحيث أن هذه المسئولية لا تنهض إلا باستكمال هذه الأركان، ومن خلال استقراء نص المادتين ٢٥٦ و ٢٥٧ من القانون المدني الأردني[١] والتي نصت الأولى على أن (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) والثانية في فقرتها الأولى نصت على (يكون الإضرار بالمباشرة والتسبب) نجد أن أركان هذه المسئولية هي الفعل الضار (الإضرار بالمباشرة أو التسبب)، والضرر وعلاقة السببية لذا فسوف نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول الأول منها للحديث عن الفعل الضار والثاني للضرر أما الثالث فسنخصصه للحديث عن علاقة السببية بين الفعل والضرر.

---

(١) تطابق المادتين ٢٨٢ و ٢٨٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الأول

الفعل الضار

تمهيد وتقسيم

الفعل الضار أول أركان المسئولية الذي يتم البحث عنه للتحقق من قيامها أو عدمه، لأن المسئولية به تبدأ فهو أول المؤشرات على وجودها، وقد عبر عنه المشرع الأردني بكلمة (الإضرار) والذي جعله عنواناً للمسئولية في القانون المدني الأردني حيث اعتبر القانون لفظ الإضرار يغني عن المصطلحات الأخرى التي وردت في بعض القوانين مثل العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون[1] وهذا الإضرار مهما كان شكله أو أسلوبه بالفعل أو عدم الفعل يستلزم الضمان على فاعله، وقد أورد القانون المدني الأردني أسلوبين لحدوث الإضرار في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٧ حيث قالت (يكون الإضرار بالمباشرة و التسبب) وجدير بالذكر أن هذه المصطلحات التي استخدمها المشرع الأردني في هذا المقام هي مصطلحات مستمدة من الفقه الإسلامي الذي يعد المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني، ويعد الفقهاء المسلمون واضعي هذه التفرقة في أسلوب وقوع الفعل الضار حيث أن هذه التفرقة لها أثر في المسئولية والضمان على ما سنرى لاحقاً، وقد أخذها عنهم القانون المدني الأردني الذي

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني إعداد المكتب الفني نقابة المحامين الطبعة الثالثة مطبعة التوفيق الجزء الأول ص ٢٦٧. وسوف يشار له فيما بعد. المذكرات الإيضاحية.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول

شروط الفعل الضار بالنسبة للمباشر

تمهيد وتقسيم

إن أهم صور وقوع الفعل الضارِ وأوضحها هو حالة المباشرة ذلك أن ارتباط فعل المباشر بوقوع الضرر هو ارتباط العلة بالمعلول فالمباشر هو من يأتي فعلاً يكون سبباً للضرر دون توسط شيء آخر بينهما أو يكون الضرر نتيجة حتمية لفعله على حسب المجرى المألوف والعادة(١) وكما سبق أن أسلفنا فإن المباشرة وأحكامها أصلاً قد نظمها الفقهاء المسلمون وكون الفقه الإسلامي هو المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني، لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في الأول عن معنى المباشر وحدود مسئوليته في الفقه الإسلامي والثاني نتحدث فيه عن معنى المباشر وحدود مسئوليته في القانون المدني الأردني.

المطلب الأول

معنى المباشر وحدود مسئوليته في الفقه الإسلامي

المباشر هو من يقوم بالفعل الضار بنفسه فيترتب عليه الضرر مباشرة دون تخلل أية واسطة أخرى فيكون فعله هو السبب الوحيد للنتيجة المترتبة عليه وهي الضرر أما المباشرة فهي الطريقة الّتي يقع فيها الضرر،

---

(١) د. بدر جاسم اليعقوب، تعليق على حكم، مجلة الحقوق والشريعة العدد الثالث السنة الخامسة ١٩٨١ ص ٣٢١ وسوف يشار له اليعقوب تعليق على حكم.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

العز بن عبد السلام أنها إيجاد علة الهلاك[٢]، وعرفها ابن رجب من الحنابلة بقوله أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق[٣]أما القرافي من المالكية فمثل للمباشرة في حديثه عن أسباب الضمان بقوله العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة[٤] وفي كتب الزيدية قالوا أن المباشر هو الفعل الموجود بالقدرة في محلها لا بواسطة[٥]وعند الإمامية أن المباشر هو موجد علة التلف كالأكل والإحراق والقتل والإتلاف[٦].

أما التعريفات المعاصرة للمباشر والمباشرة فكانت تدور جميعها حول التعريفات السابقة، فقد ورد بأن المباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله[٧]، أو هو الفاعل له بالذات[٨] والمباشرة هي حدوث الضرر نتيجة مباشرة لما باشره المعتدي من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر[٩]

---

(١) عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر بيروت جـ٨ ص ٣٨٢ وسوف يشار له فيما بعد حواشي الشرواني.

(٢) الإمام العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت جـ٢ ص ١٥٤ وسوف يشار له العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام.

(٣) ابن رجب، القواعد، دار الكتب العلمية، ص ٢٠٤.

(٤) القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب ج ٢ ص ٢٠٦.

(٥) ابن المرتضى، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، ج١ ص١٢٣.

(٦) الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي ج ٧ ص ٢٠.

(٧) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ط١ ج ٢ دار القلم دمشق ١٩٨٨ ص ١٠٤٥ ويسوف يشار له الزرقا، المدخل.

(٨) الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم سوريا ط ٥ ١٩٩٨ ص ٤٤٧ وسوف يشار له الزرقا، شرح القواعد

(٩) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر سوريا ص ٧٤ وسوف يشار له الخفيف، الضمان.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الأول
صور المباشرة

المقصود بصور المباشرة، كيف تقع هذه المباشرة هل تقع بالفعل الإيجابي أو السلبي، وما هو تأثير العلم أو عدم العلم على مسئولية المباشر وأيضاً ضرورة أو عدم ضرورة اتصال آلة التلف بمحله وغير ذلك من الأمور المتعلقة بكيفية وقوع المباشرة.

بداية نقول أنه لا خلاف بين الفقهاء على وقوع المباشرة بالفعل الإيجابي أو الحسي وضمان المباشر في هذه الحالة طالما ترتب عليها ضرر، فمن قتل أو أتلف أو جرح أو كسر ضامن لهذه الأفعال الإيجابية التي وقعت منه بطريق المباشرة طالما أن الضرر ترتب على هذه الأفعال ويستوي بعد ذلك أن يقع هذا الفعل من المباشر أو من أي شيء مادي موجود تحت يده طالما أنه هو الموجه لهذا الشيء، فمن يطلق الرصاص بواسطة المسدس أو يذبح بالسكين أو يدهس بالسيارة يعد مباشراً طالما أن هذه الأشياء المادية التي وقع الضرر من خلالها كانت تحت يد المباشر وكان هو الموجه لها، وتجدر الإشارة إلى أن المسئولية هنا تكون عن استخدام هذه الأشياء على سبيل المباشرة بسبب أن المباشر هو المحرك والموجه لها، ولا يثور الحديث عن ضمان الضرر الواقع عن فعل الأشياء لأن هذا الضمان لا يتم البحث فيه إلا إذا وقع الضرر بالفعل الذاتي للشيء وهنا الضرر قد وقع بفعل المباشر بواسطة هذه الأشياء والأمثلة على ذلك في كتب الفقه الإسلامي كثيرة منها، لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته[1] وكذلك لو

---

(١) ابن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي ج ٦ ص ٣١١.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أخرى بحيث ينتج الضرر عن هذا الفعل مباشرة، أما في حالة الامتناع فإن الضرر لا ينتج عن الامتناع إنما عن شيء آخر تسبب فيه الامتناع فالتي تمتنع عن إرضاع وليدها فيموت فموته سببه نقص الغذاء وليس عدم الإرضاع والذي لم يشهد فضياع الحق سبب حكم القاضي الناشئ عن عدم الشهادة والذي لم ينقذ شخصاً يوشك على الهلاك بسبب الغرق مثلاً فالهلاك سببه الغرق الناشئ عن عدم الإنقاذ لهذا كله نقول أن المباشرة ومن الناحية العملية لا تكون إلا بالفعل الإيجابي أما الفعل السلبي أو الامتناع فإن الإضرار فيه يكون بالتسبب(١).

طالما انتهينا إلى أن المباشرة لا تكون إلا بالفعل الإيجابي فهل يشترط الاتصال المادي بين الفعل والضرر أو التلف بمعنى هل يمكن أن تكون وسيلة إحداث الضرر معنوية أي ليس هناك اتصال مادي بين الفعل والضرر كمن حبس إنساناً فمات من الجوع والعطش أو كمن غصب دابة فتبعها ولدها فهلك، لقد انقسم الفقهاء في هذا فالمالكية والشافعية وأهل الظاهر يرون أن الإضرار في مثل هذه الحالات من قبيل المباشرة لذلك يجب الضمان(٢) ويرى الصاحبين وبعض الشافعية والزيدية أنه تسبب وليس

---

(١) من هذا الرأي علي الخفيف، الضمان ص ٤١، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة، القاهرة ص ٣٠٦ وسوف يشار له فيما بعد أبو الليل، المسئولية المدنية.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية ج ٤ ص٢٤٢، ابن قدامة، المغني ج ٧ص ٦٤، العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ج٢ ص ١٥٤، ابن حزم، المحلى، ج ١٢ ص٢١٧.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني

المباشرة والعمد

العمد هو الفعل الذي يقصده الإنسان وتنصرف إليه إرادته ويقصد تحقيق النتيجة المترتبة عليه، والعمد بهذا التحديد ليس بشرط للتضمين في الفعل الصادر من المباشر، لأن أموال الناس وأنفسهم مضمونة مطلقاً والعمد والخطأ فيها سواء[1] وذلك لأنه لو اشترط العمد في الضمان لوجب أن يكون الضامن مكلفاً وهذا لا يستوي مع أحكام الضمان في الفقه الإسلامي التي تعتبر من أحكام الوضع فلا يشترط فيها التكليف ولا فرق في أحكامها بين صغير وكبير وعامد ومخطئ[2] ومن الأمثلة على عدم اشتراط التعمد ما ورد في المادة ٩١٢من المجلة (إذا أتلف أحد مال غيره في يده أو في يد أمينة قصداً أو من غير قصد يضمن) وكذلك ما ورد في المادة ٩١٣ من مجلة الأحكام العدلية (إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن) وخير مثال على عدم اشتراط التعمد من أنه لو انقلب النائم على متاع لغيره وأفسده فعليه

---

(١) المحلي ص ٥ ص ٢٣٨، الباجي، المنتقى شرح الموطأ دار الكتاب الإسلامي ج ٣ ص ٨٨، البدائع ج ٤ ص ١٢ المغني، ج ٣ص ٢٦٦، قواعد الأحكام ج ٢ ص١٥٦، ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية ج ٢ ص٤٢.

(٢) القرافي، أنوار البروق ج١ ص١٦٠، السبكي، فتاوي تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي؛ دار المعارف، ج١ ص١٩٤، زكريا الأنصاري، شرح البهجة، المطبعة الميمنية ج ٤ ص٥٦، مواهب الجليل، ج ٥ ص٢٧٨، البجيرمي حاشية البجيرمي على المنهج، دار الفكر العربي ج ٤ ص ١٠٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

في فعل المباشر أسباب منها الشكل الذي وردت به المادة ٩٢ من مجلة الأحكام العدلية سالفة الذكر والتي لم تشترط التعمد في فعل المباشر، وبالتالي إذا لم تشترط التعمد فلا بد من التعدي، وكذلك عدم تصورهم لإمكانية ضمان الإنسان كل الإضرار التي تصدر منه على سبيل المباشرة لأن بعض هذه الأفعال غير مضمونة إن صدرت بناءً على جواز شرعي أو استعمال حق إلى غير ذلك من الأسباب. ولبحث هذه المسألة لا بد لنا من تحديد معنى التعدي أولاً، ثم البحث في الكتب الفقهية عن هذا التعدي باعتباره شرطاً لضمان المباشر من عدمه.

التعدي[١]هو التجاوز[٢]أو هو التصرف في شيء بغير إذن ربه دون

المعصوم[٤]، هذا عن معنى التعدي فماذا عن كونه شرطاً في فعل المباشر لقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩٢ (أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد) وفي المادة ٩٣ (أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، حقيقة إن من الباحثين خصوصاً من يشترط التعدي في المباشرة يصوب المادة ٩٢ ويصحح المادة ٩٣ باستبدال كلمة التعمد بالتعدي باعتبار أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي وبالتالي فهو يسوي بين المباشر والمتسبب في اشتراط التعدي[٥] والواقع أنه لا بد من تصحيح كلا اللفظين لينسجما مع القواعد السائدة في الفقه الإسلامي

---

(١) سوف نتحدث عن التعدي بإيجاز في هذا المقام، لأننا سوف نفصل بالحديث عنه عند البحث في ضمان المتسبب.

(٢) المحلى بالآثار ج ٧ ص ١٣٨.

(٣) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف ج ٣ ص ٦٠٧

(٤) الزرقا، الفعل الضار ص ٧٨.

(٥) الزرقا، المرجع السابق، ص ٧٨، سراج، ضمان العدوان ص ١٣٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كان متعمداً فلو رمى سهماً من ملكه فأصاب إنساناً ضمنه[1] وهذا الكلام في كتاب الغصب وبعد ست صفحات من ذات الكتاب وفي كتاب الجنايات ورد بأن المباشر يضمن وإن لم يكن متعدياً فيضمن الحداد إذا طرق الحديدة ففقأ عيناً والقصار إذا دق في حانوته فانهدم حانوت جاره[2] وواضح أن هذا الكتاب الذي اعتمد عليه واضعوا المجلة استعمل مرة لفظ التعمد ومرة لفظ التعدي فلا نعرف لماذا اعتمد واضعوا المجلة التعمد ولم يذكروا التعدي، إضافة إلى انه لم يشترط التعدي إنما نفى التعمد فقط، وسوف يظهر لنا من الأمثلة التي سوف نسوقها أن الكتب الفقهية الأخرى وخصوصاً في المذهب الحنفي لم تذكر التعمد إنما ذكرت التعدي والمثال الذي ذكره ابن نجيم عند الحديث بان المباشر ضامن وإن لم يتعمد فلو رمى سهماً من ملكه فأصاب إنساناً ضمنه دليل على أن المقصود التعدي وليس التعمد لأن رمي السهم في الملك محمول على الصيد أو التدريب أو أي شيء أخر لكن لسبب ما فإن هذا السهم يكون قد استطال فأصاب إنساناً سواء في الملك أو غيره فبذلك يكون رامي السهم قد تجاوز واجب الحيطة في رمي السهم إلى هدف لا يصيب معه إنساناً لذلك ضمنه وهذا التجاوز ما هو إلا التعدي وليس التعمد، ويمكن أن ما أورده ابن نجيم ليس من باب تقعيد القواعد لأنه لا يجوز أن يضع قاعدة ثم يخالفها[3] وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما ورد في مجمع الضمانات من أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا إلا إذا كان

---

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر دار الفكر ص ٣٤٠.

(٢) المرجع السابق ص٣٤٧

(٣) في تفصيل ما أورده ابن نجيم أنظر د. أحمد بخيت الغزالي ، ضمان عثرات الطريق، مكتبة النهضة المصرية ٢٠٠٢ ص ١٥٧ وما بعدها وسوف يشار له أحمد بخيت، ضمان عثرات الطريق.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الضمان في الفقه الإسلامي فأطلق فقهاء المسلمين الضمان على المباشر أما المتسبب فهو الذي قيد ضمانه بوصف التعدي –على ما سنرى عند الحديث عن المتسبب– وإن من اشترط التعدي[1] في المباشرة اشترط ما لم يشترط فقهاء المسلمون ويبدو أن اشتراطهم هذا كان نتيجة لفهمهم للنصوص التي وردت في مجلة الأحكام العدلية التي قالت إن المباشر ضامن وإن لم يتعمد فقالوا طالما أنه لم يتعمد فلا بد أن يكون قد تعدى، ولو سلمنا جدلاً باشتراط التعدي في المباشرة إذاً لما كان هناك داع للتفرقة بين المباشر والتسبب طالما أن المتعدي هو الضامن بغض النظر عن مباشرته أو تسببه، ولا يصلح القول إن هذه التفرقة تكون في حال اجتماع المباشر والمتسبب فإن كان كلاهما متعدياً فيضمن المباشر[2] لأننا في هذه الحالة سوف نعفي المتسبب من من الضمان على الرغم من تعديه هذا من جانب، ومن جانب أخر لو سلمنا بأن التعدي المقصود هو عدم مشروعية الفعل فهذا أيضاً ما لم يشترطه فقهاء المسلمين فكل الأمثلة السابقة تدل على أن الفعل الذي تولد عنه الضمان في المباشرة مشروع بأصله ومن هذه الأمثلة ما ورد في مجمع الضمانات اشترى مدهنة، وبنى فيها ضرساً ومدقه، وفي جوارها مكتب فسقط من دق الحنطة والأرز يضمن صاحب المدهنة لأن التلف لما حصل بذلك كان مباشرة لا تسبباً ولا يشترط التعدي في المباشرة[3] أما إذا قلنا أن التعدي أو المشروعية بحسب غاية الفعل أو الهدف منه وبالتالي يقع الفعل عدواناً حسب

---

(١) الزرقا، الفعل الضار ص ٨٣، الزعبي، مسئولية المباشر والمتسبب ص ١٧٤، الجمال القانون المدني ص ٢٢٧، سراج ضمان العدوان ص ١٢٩، العكام الفعل الموجب للضمان ص ٢٥١.

(٢) الزرقاء، الفعل الضار ص٨٣.

(٣) البغدادي، مجمع الضمانات ص١٥١.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولأن ربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها[١] وكذلك فإن العز العز بن سلام يقول إن أحكام الضمان شرعت لجبر الضرر فهي من الجوابر[٢] ويقول أيضاً إن إتلاف المال يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها لأنه من الجوابر[٣] ويقول قبل ذلك في قاعدة الجوابر والزواجر أن الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح والزواجر مشروعة لدرء المفاسد والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان[٤] إذا الحكمة من تضمين المباشر مطلقاً أنه علة الإتلاف ففعله وحده الذي أدى إلى حدوث الضرر والعلة معناها أن يتعلق الحكم بها[٥] بها[٥] فالإتلاف علته المباشرة فتعلق بهذه العلة الحكم وهو الضمان.

بعد كل الذي أوردناه سابقاً لا يسعنا إلا أن نقول أن التعدي ليس من شروط الفعل الصادر من المباشر، وإلا كيف يتم تضمين النائم الذي ينقلب على متاع لغيره ويكسره[٦] وأين التعدي في فعل النائم ولا أعلم من أين اشترط التقصير والإهمال الذي علق على هذا المثال وذلك على الرغم من أنه لم يشترط مثل هذا في كتب الفقه الإسلامي[٧].

---

(١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٥ ص١٤٧ سليمان محمد احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي ط١ ١٩٨٥ ص٢٠٥.

(٢) قواعد الأحكام ج٢ ص٤.

(٣) المرجع السابق ج٢ ص١٥٦.

(٤) المرجع السابق ج٢ ص١٧٨.

(٥) الزركشي، البحر المحيط، دار الكتبي ج٥ ص ١٦٣.

(٦) البغدادي، مجمع الضمانات ص ١٤٦.

(٧) سراج ضمان العدوان ص ١٣٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

على النية أيضاً، ويستوي في المباشرة أن تقع في الملك وغير الملك ومنها انه لو رمى هدفا بسهم على هدف في ملكه وتجاوز فاتلف شيئاً لغيره فإنه يضمن [1] ويستوي أن تقع من النائم أو المستيقظ فلو انقلب النائم على متاع لغيره فأفسده يضمن[2] كذلك فإن المباشر يضمن وإن كان مضطراً فمن اضطر لأكل طعام غيره فإنه يضمن قيمته لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير (المادة ٢٣ من المجلة).

الفرع الرابع
المباشرة واستعمال الحق

عرفنا أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بمعنى أنه بمجرد صدور فعل منه فإنه يضمن الضرر المتولد من هذا الفعل، لكن كيف نوفق بين هذا الكلام وبين قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه الشرعي لا ضمان عليه (المادة ٩١ من المجلة) بمعنى انه هل يضمن المباشر أفعاله حتى ولو حدث الإضرار بالمباشرة أثناء استعمال الحق.

إن قاعدة الجواز الشرعي لا تعتبر مطلقة إذ هي مقيدة بقيدين أولهما أن لا يكون المباح مقيداً بشرط السلامة وثانيهما أن لا يكون في المباح إتلاف الآخرين وإلا كان مضموناً[3] ولتوضيح ذلك نقول إن الجواز الشرعي أو استعمال الحق هو إما واجب أو مباح فإن كان واجباً فلا يتقيد بشرط السلامة بمعنى أن من يقوم بواجب شرعي لا يضمن الضرر الذي يحدث للآخرين

---

(١) البغدادي، مجمع الضمانات ص ١٤٦ –ص ١٦٥.

(٢) المرجع السابق ص ١٤٦.

(٣) الموسوعة الفقهية جـ ٢٨، ص ٢٦٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ذلك لا فعل له، فلم يهدم الحائط، ولو لم يفعل فعلاً موجباً للهدم لا يضمنه، وليس كذلك صب الماء على الميزاب، لأن مسيله من الميزاب من موجب صبه لأنه لا يبقى كذلك، فصار فساد ثوبه من موجب فعله فضمن، ما لو فعل ذلك بيده)[1] ولو أخرج الحداد الحديد من النار في مكانه فوضعه على ما يطرق عليه وضربه بالمطرقة وخرج شرار النار إلى الطريق العامة وأحرق شيئاً ضمن، ولو لم يضربه، ولكن أخرج الريح شيئاً فأحرق شيئاً لم يضمن.... القصار يدق الثياب في حانوته وانهدم حائط جاره هل يضمن قال يضمن لأنه مباشر[2] ونختم بهذا المثال الذي قال به الإمام ابن حزم في مسألة الجرة توضع إلى باب أو إنسان يستند إلى باب فيفتح الباب فاتح أو يقع الإنسان فيموت، فالظاهر عندنا انه ضامن للمتاع والدية على عاقلته والكفارة عليه لأنه مباشر لإسقاط المتاع وإسقاط المسند[3].

وظاهر من الأمثلة السابقة إنه إذا باشر الإنسان استعمال حقه المباح وترتب على هذه المباشرة ضرر للغير فهو ضامن لهذه الإضرار لأن استعمال المباح لا يجوز أن يكون فيه إضرار بالآخرين كونه مقيد بشرط السلامة فعلى هذا فإن قاعدة الجواز الشرعي لا تكون مطلقة إنما مقيدة بعدم الإضرار بالآخرين طبعاً إلا أن يكون استعمال الحق هو واجب شرعي فإنه لما أوجب الشارع على إنسان مسألة معينة فإنه يكون قد أعفاه مما يترتب عليها لأن المباح يتقيد بوصف السلامة أما الواجب فلا يتقيد.

---

(١) الكرابيسي، الفروق، عالم الكتب، الجزء الثاني ص١٣٨-ص١٣٩.

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، دار الكتاب الإسلامي ج٨ ص٤٣، البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٦١.

(٣) المحلى، ج١٢ ص١٩٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وخلاصة القول أن معظم أهل الفقه على عدم التفرقة في الضمان بين الصغير والكبير وبين المستيقظ والنائم إنما الضمان يشترط له أن يكون المباشر من أهل الوجوب ومعلوم أن أهلية الوجوب تثبت للإنسان بمجرد ولادته حياً.

الفرع السادس
المباشرة والشخص الحكمي

الشخص الحكمي أو المعنوي هو عبارة عن كيان وهمي تلحق به الآثار القانونية كما تلحق بالشخص الطبيعي، وذلك تحقيقاً للتجمع أو الوحدة التي يمثلها وافترضت له هذه الشخصية تحقيقاً للغرض الذي قام من اجله وضماناً لاستقراره[١].

وعلى هذا فإن الشخص الحكمي أو المعنوي شيء غير مادي إذ لا وجود له في الطبيعة إنما وجوده وجود معنوي وقانوني، وبتطبيق أحكام المباشرة على هذا الشخص المعنوي نجد أنه لا يتصور عقلاً ولا منطقاً صدور المباشرة من هذا الشخص الاعتباري لأنه لا وجوداً مادياً له ، إنما المباشرة يمكن أن تقع من ممثل هذا الشخص الاعتباري الذي هو الشخص الطبيعي الذي يعد ممثلا له كمدير الشركة، فبالتالي لا يثور الضمان في حق الشخص الاعتباري إلا على أساس مسئولية الشخص عن أفعال غيره والتي سوف نفصل فيها في موضعها إن شاء الله.

---

(١) د. حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، ص ١٩٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٦٨٠١٦٩

المطلب الثاني
معنى المباشر وحدود مسئوليته في القانون المدني الأردني

استهل المشرع الأردني موضوع الفعل الضار في قانونه المدني بالمادة ٢٥٦ التي نصت على أن (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) [١]. وبذلك يكون القانون المدني الأردني قد وضع القاعدة العامة للمسئولية وهي أن الإضرار هو مناط المسئولية المدنية ولو صدر من غير مميز[٢] ونحن لا نتفق مع العلامة مصطفى الزرقا الذي قال بأن إطلاق الضمان في هذه الحالة لا يجوز لأن الضمان في القانون المدني الأردني ليس مطلقاً كما ورد بالمادة ٢٥٦ إنما هو مقيد، لذلك يرى انه لا بد من تقييد هذه المادة بإضافة عبارة مع مراعاة ما يأتي في المواد التالية[٣] ونقول رداً على ذلك إن القانون الأردني قصد من هذا النص بهذه الطريقة كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية بيان أساس المسئولية وكذلك لتقرير مسئولية عدم التمييز، فكأن هذه المادة تضع القاعدة العامة، وكما هو معلوم فإن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد عليه، وسواء أضيفت العبارة التي اقترحها الأستاذ الزرقا أو لم تضف فلا ضير في ذلك طالما أن المواد اللاحقة للمادة ٢٥٦ تبين أن الإضرار يمكن تقييده، وحسب قواعد التفسير فإن اللاحق يقيد السابق.

وبعد أن قرر القانون المدني الأردني القاعدة العامة في الفعل الضار حدد في المادة ٢٥٧ أسلوب وقوع الإضرار حيث نصت الفقرة الأولى من

---

(١) تطابق م ٢٨٢ مدني إماراتي.

(٢) المذكرات الإيضاحية جـ ١ ص ٢٥٦.

(٣) الزرقاء، الفعل الضار ص٧٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الأول

تعريف المباشر وحدود مسئوليته

لم يُعرف القانون المدني الأردني المباشر أو المباشرة، إنما ورد تعريف للمباشر في المذكرات الإيضاحية حيث قالت (إن المباشر هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل أخر) [١]، هذا وقد تعرضت محكمة التمييز الأردنية لتعريف المباشر حيث قالت (يقع فعل الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله فاعل مباشر)[٢] وقد عرفته محكمة التمييز الكويتية أيضاً بأنه من يكون فعله الذي باشره بنفسه قد جلب بذاته الضرر وكان له سبباً بدون أن يتدخل أمر بين هذا الفعل وبين الضرر الذي نجم عنه مباشرة فهذا العمل متلف بذاته وهو علة هذا التلف[٣] أما الفقه الأردني فلم تخرج تعريفاته للمباشرة والمباشر عن دائرة تعريفات فقهاء المسلمين التي ذكرناها سابقاً. والتي تعتبر المباشر هو الذي أدى فعله إلى إحداث الضرر دون أن يتوسط فعله والضرر أي فعل أخر[٤].

---

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج١، ص ٢٨٣.

(٢) تمييز حقوق رقم ٤٥٣/ ١٩٩٠ تاريخ ١٩٩٠/١١/٢٨ منشور على الصفحة ٢٠٨٩، من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١.

(٣) الطعن رقم ٩٢/١٦٤ تجاري جلسة ١٩٩٣/١/١١، مجموعة القواعد الّتي قررتها محكمة التمييز الكويتية ص ٥٦٧.

(٤) انظر ما سبق ص٢٨ ، الزرقا، الفعل الضار ص٧٤، د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر مصادر الحقوق الشخصية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠ دار الثقافة عمان ص ٣٧٩، ٣٨٠، د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى ١٩٨٧ منشورات الجامعة=

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

النتيجة فإن المدعي عليها تغدو مسئولة عن تعويض الإضرار التي لحقت بالمدعي المذكور وذلك عملاً بالمادة ٢٥٦ من القانون المدني)[1] وواضح أن حالة الامتناع لم تؤد مباشرة إلى حدوث الضرر إنما توسط بينها وبين الضرر فعل الشخص الذي دخل وأدى دخوله إلى انفجار اللغم وهذه حالة تسبب وليست مباشرة وفي قرار آخر قالت محكمة التمييز (إن الفعل الضار الذي يرتب الضمان لا فرق بين أن يكون فعلاً إيجابياً على صورة تعبئة كمية الغاز في الاسطوانة تزيد عن الحد المقرر أو فعلاً سلبياً على صورة الإهمال في تفحص الصمام وإحكام تثبيته وحيث أن ثبوت الخطأ على الوجه السالف باعتباره السبب الذي أفضى إلى الضرر الناتج عن الحريق يكفي لتوفير شروط المسئولية بالتسبب حسب شروط المادة ٢/٢٥٧ من القانون المدني)[2] وهذا القرار أيضاً يتحدث عن إمكانية وقوع الضرر بالفعل الإيجابي والسلبي إلا أن الواقعة المعروضة تعالج التسبب وليس المباشرة.

ويسجل للقانون المدني الأردني أنه حسم الخلاف باعتبار الفعل السلبي من موجبات الضمان كما الفعل الإيجابي ونحن نؤيد ذلك كما أيدناه سابقاً وكما أيده بعض فقهاء القانون الأردني[3] إلا أننا نعود ونؤكد أن الفعل السلبي وإن كان من المتصور نظرياً أنه يؤدي إلى حالة مباشرة إلا أنه ومن الناحية العملية لا يمكن تصوره لأن فعل الامتناع لا يكون إلا من حالات

---

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٩٨/٢٣٠٤ تاريخ ١٩٩٩/٤/٢٨ المنشور على الصفحة ٢٠٠٤/٣٦٦ المجلة القضائية لسنة ١٩٩٩.

(٢) تمييز الحقوق ١٩٨٤/٦٠ تاريخ ١٩٨٤/٤/٢١ المنشور على الصفحة ١٤٠٢ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤.

(٣) راجع سابقاً ص٣٠ ، أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، عمان ٢٠٠٣ ص ٢٦٩ وسوف يشار له أمجد منصور، مصادر الالتزام.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سواء كان ذلك بالمباشرة أو التسبب إعمالاً لأحكام المادتين ٢٥٦، ٢٥٧ من القانون المدني، فإن كان الإضرار بالمباشرة ألزم المباشر بالضمان ولا شرط له) [1] وهذا قرار آخر قالت فيه المحكمة (إن الطعن بكسر الماتور من جراء سقوطه من الرافعة أثناء عملية النقل لم يكن بنتيجة فعل من أفعال التعدي ولا يستوجب التعويض هو طعن لا يقوم على أساس لأن الشركة في هذه الحالة تكون مباشرة للضرر والإضرار بالمباشرة يوجب الضمان ولو لم يتوفر شرط التعدي أو التعمد لأن الضمان لا شرط له في هذه الحالة عملاً بأحكام المادة ٢٥٧ من القانون المدني) [2] ومع تحفظنا على هذا القرار من حيث أن المحكمة نسبت فعل المباشرة إلى الشخص الاعتباري الذي هو الشركة الناقلة

---

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/١٩٥٥ تاريخ ٢٠٠٠/٢/١٠ منشورات مركز عدالة.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٨٨/٦٧٩ تاريخ ١٩٨٨/١١/١٢ المنشور على الصفحة ١٨١٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠ ومن الأمثلة على الحالات التي قررت فيها المحكمة المسئولية على المباشر بغض النظر عن التعدي انظر القرارات التالية:

٢٠٠٢/٨٣٩ تاريخ ٢٠٠٥/٤/١٧ منشورات مركز عدالة، ٢٠٠٢/٢٦٩ تاريخ ٢٠٠٢/٦/٢ منشورات مركز عدالة

٢٠٠١/٢٨٨٦ تاريخ ٢٠٠٢/١/١٥ منشورات مركز عدالة، ٢٠٠١/١٦٤٥ تاريخ ٢٠٠١/١٠/١٠ منشورات مركز عدالة

٢٠٠١/١٣٤٤ تاريخ ٢٠٠١/٧/٢٣ منشورات مركز عدالة، ٣٧٤٥/ ٢٠٠٠ تاريخ ٢٠٠١/٤/٣٠ منشورات مركز عدالة

١٩٩٩/٣٥٠٨ تاريخ ٢٠٠١/٥/٣١ صفحة ٢٧٤ مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٣

١٩٩٩/٦٥٤ تاريخ ١٩٩٩/١٠/٢٦ صفحة ١٦٣ مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠

١٩٩٩/١٧٦ تاريخ ١٩٩٩/٨/٢٤ صفحة ٩٥٥ مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠

١٩٩٣/١١٩٨ تاريخ ١٩٩٤/٢/١٥ صفحة ٣١٢ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥

وهذه القرارات على سبيل المثال حيث يوجد الكثير من القرارات التي لم تشترط فيها المحكمة التعدي في حالة الإضرار بالمباشرة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لهذا كله فإنني أرى أن القانون المدني الأردني يرتب المسئولية بحق المباشر لمجرد صدور الفعل الضار دون شرط أو قيد لكن وإزاء كل الشواهد التي ذكرناها ما زلنا نجد بعضاً ممن شرحوا القانون الأردني يشترطون التعدي أو الخطأ بحق المباشر[١] ولابد لنا من مناقشة أقوالهم والرد عليها.

إن الأستاذ مصطفى الزرقا، ينتقد نص المادة ٢٥٧ ويقول إن التعدي لا بد أن يكون شرطاً في المباشرة كما هو في التسبب ويقترح نصاً بديلاً للمادتين ٢٥٦، ٢٥٧ ويشترط في هذا النص المقترح وضع شرط التعدي للمباشرة والتسبب[٢] وللرد على ذلك نقول أنه وعلى الرغم من أن الأستاذ الزرقا كان عضواً في لجنة وضع القانون المدني الأردني[٣] فإنه بهذا النص المقترح يريد أن يعيد هذا القانون خطوة إلى الوراء لأن هذا النص المقترح يقارب نص المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي التي اشترطت التعدي في المباشرة وقد جاء انتقاد هذا النص من واضعي القانون المدني العراقي الذين أقروا أن اشتراط التعدي في المباشرة يخالف حكم الفقه الإسلامي[٤]هذا فضلاً عن أهمية التفرقة بين المباشرة والتسبب والأحكام المترتبة كل ذلك على ما سنأتي له لاحقاً.

أما الدكتور عدنان السرحان ونوري خاطر فهما بعد أن قررا بأن الضمان لا يكون إلا عن العمل غير المشروع[٥] فعادا في الصفحة التالية

---

(١) الزرقا، الفعل الضار ص ٨٣ ، د. السرحان ود. خاطر مصادر الحقوق الشخصية ص ٣٧٩ د. الزعبي مسئولية المباشر والمتسبب ص ١٧٤، د. مصطفى الجمال، القانون المدني ص ٥٥٢- ٥٥٣.

(٢) الزرقاء الفعل الضار ص ٨٣.

(٣) المذكرات الإيضاحية ج ١ ص ١٢.

(٤) سليمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول ١٩٦٢ ص ٢٤٠- ٢٤٢.

(٥) د. السرحان ، د. خاطر، مصادر الحقوق الشخصية ص٣٧٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدني التي نصت على أن (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

وحلاً لهذا الإشكال فهو يحاول التوفيق بين نص المواد ٢٥٧و ٦١ و ٢٩٢[١] ويخلص إلى انه لا بد من اشتراط التعدي في المباشرة ويقترح إضافته كقيد على فعل المباشر في نص المادة ٢٥٧ وبعد ذلك يستدل بما ورد في مجلة الأحكام العدلية على ضرورة اشتراط التعدي ويستشهد بنص المواد ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠ من المجلة التي يرى أنها تشترط التعدي لفعل المباشر.

ورداً على هذا الكلام نقول:

أولاً: إن تضمين المباشر بلا قيد ليس فيه إجحاف بحق أحد بل على العكس إن عدم تضمينه فيه كل الإجحاف بحق المضرور الذي لا ذنب له فقد تضرر من فعل قام به أحد الأشخاص وكان هذا المباشر هو علة حدوث الضرر، فليس أعدل من أن يتحمل كل شخص نتيجة أفعاله.

ثانياً: أما فيما يتعلق بالمباشرة واستعمال الحق فإنه لا تعارض بين المادة ٢٥٧ والمادة ٦١ لأن المادة ٦١ ليست مطلقة إنما مقيدة بعدة قيود وردت في المواد التي تليها وهي، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥[٢]، وبقراءة المادة ٦١ في ظل

---

(١) د. الزعبي المرجع السابق ص ١٧٥ هذا وقد نصت المادة ٢٩٢ من القانون المدني الأردني على (استعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضرراً يمكن التحرز منه كان ضامناً).

(٢) نصت هذه المواد على ما يلي:

المادة ٦٢ لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال.

المادة ٦٣ الاضطرار لا يبطل حق الغير.

=

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

منعها ومع ذلك فإن محكمة التمييز قضت عليه بالضمان، إذا استعمال الحق يجب أن يكون بشكل لا يلحق ضرراً بالغير وإلا كان مضموناً.

ثالثاً: لقد استدل د.الزعبي ببعض المواد الواردة في مجلة الأحكام العدلية وهذا استدلال قاصر لأن المواد الأخرى والتي تسبق المواد التي استدل بها ترى ضمان المباشر على الرغم من عدم التعدي ومنها المواد ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥.

أما د.مصطفى الجمال وفي صدد شرحه للمادة ٢٨٣ من القانون المدني الإماراتي والتي تطابق المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني فيرى أنه لا تجدر المبالغة في التفرقة بين المباشرة والتسبب وأن القول بضمان المباشر دون تعد هو أخذ الكلام بمعناه الحرفي مما أدى إلى انحراف خطير في فهم نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وأنه في حالة المباشرة فإن التعدي يكون مطلوباً في ذاته وان لم يكن مطلوباً إثباته[1].

ود. مصطفى بهذا الكلام يخالف كل ما قال به فقهاء المسلمين من عدم اشتراط التعدي كما أنه يخالف النصوص القانونية التي لم تشترط التعدي ولو قصرنا التفرقة بين المباشرة والتسبب على مجرد الإثبات ففي حالة المباشرة لا يشترط إثبات التعدي فهو ثابت أما في حالة التسبب فلا بد من إثباته فهذا معناه أن المباشر يستطيع أن يدفع مسئوليته بإثبات عدم تعديه وهذا ما لم يقبله فقهاء المسلمين ولا القضاء فقد قال فقهاء المسلمين بضمان النائم والناسي فأين التعدي بأفعال هؤلاء كما قضت محكمة التمييز الكويتية أن المباشر هو من يكون فعله الذي باشره بنفسه قد جلب بذاته الضرر وكان له

---

(١) د. مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي / مصادر الالتزام، ص ٥٥٢ – ٥٥٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الضمان، ولو لم يتوفر شرط التعدي أو التعمد لأن الضمان لا شرط له في هذه الحالة عملاً بأحكام المادة ٢٥٧ من القانون المدني[١].

من كل ما سبق نخلص إلى أن التعدي ليس من شروط المباشرة سنداً لما ذكرناه من الحجج الّتي تكفي للرد علَى من قال بالتعدي كشرط للمباشرة، وأما قولهم أن هناك حالات يحدث فيها الشخص ضرراً للغير ولا يكون مسئولاً عنه كتنفيذ أمر الرئيس أو الإكراه أو غير ذلكَ فنقول أن هذه حالات يستطيع فيها المباشر أن يدفع مسئوليته استثناءً لوجود نصوص قانونية سمحت بذلك وسنتولى شرحها عند الحديث عن وسائل دفع المسئولية، بمعنى أن المباشر مسئول ابتداءً لكن إذا توافرت إحدى هذه الحالات الّتي نص عليها القانون فهو الّذي يدفع مسئوليته.

والمباشرة قد تقع من الشخص نفسه كأن يستعمل يده أو رجله أو كلامه وكذلك أن يستعمل شيئاً تحت يده طالما هُوَ الموجه والقائد لهذا الشيء فقائد السيارة يعد مباشراً وليس متسبباً.

وفي ذلكَ قضت محكمة التمييز إن كان المدعي عليه هُوَ الّذي باشر فعل الصدم فيكون مباشراً وهو ضامن[٢]. كما قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه في حالة حدوث الضرر مباشرة عن حركة السيارة المؤمن عليها دون تدخل أمر آخر بَين حركتها وبين مصرع المورث مما يجعل قائدها مباشراً

---

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٨٨/٦٧٩ تاريخ ١٩٨٨/١١/١٢ المنشور علَى الصفحة ١٨١٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٧٤/٣٥٠ تاريخ ١٩٧٤/١٢/٨ المنشور علَى الصفحة ٩٦٦ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما بالنسبة لاشتراط أو عدم اشتراط أن تكون المباشرة فعلاً في محل الإتلاف أو الضرر فقد سألت عن ذلكَ المذكرة الإيضاحية وقد ضربت أمثلة من الفقه الإسلامي تدل عَلى أن بعض الفقهاء اشترطوا هذا الاتصال والبعض الآخر لم يشترطه وبعد ذلك قالت المذكرة إن المشروع القانون آثر ترك ذلكَ للقضاء[1]، وحسناً فعل القانون حتّى يكون أمام القضاء مجالٌ للاجتهاد حسب مستجدات العصر، ولدى العودة إلى أحكام القضاء نجده لم يشترط مثل هذا الاتصال فقضت محكمة التمييز بالضمان عَلى سلطة المياه لأنها وضعت يدها عَلى عين ماء كانت تسقى منها أراضٍ زراعية مما تسبب بنقصان قيمتها[2]، وفعل سلطة المياه في هذه الحالة يعد من قبيل المباشرة لأن الضرر نتج مباشرة عن فعل السلطة بوضع يدها عَلى مصدر المياه مما ترتب عليه حرمان الأراضي من المياه وبالتالي نقصان قيمتها، ومن هذا يتضح أن محكمة التمييز تبنت الرأي الّذي لم يشترط فيه اتصال آلة التلف بمحله، وهذا موقف نؤيده لأنه فيه توسيع لمبدأ الضمان وبالتالي إمكانية حصول المضرورين عَلى تعويض لأضرارهم.

---

(١) المذكرات الإيضاحية، للقانون المدني الأردني ج١ ص ٢٧٨.

(٢) تمييز حقوق رقم ٣١٥٧ /٢٠٠٣ تاريخ ٢٠٠٣/١٢/٨ منشورات مركز عدالة وفي ذات الموضوع القرارات ٢٠٠٣/٢٩٠٦ تاريخ ٢٠٠٣/١٢/٢٩، ٢٠٠٣/٢٣٢٩ تاريخ ٢٠٠٣/١١/١٢، ٢٠٠٣/٢٣٢٠ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما بالنسبة للشخص الاعتباري فقد اعترف القانون المدني الأردني بالأشخاص الاعتباريين وسماهم الأشخاص الحكميين وعددت المادة ٥٠ من هذا القانون أنواع الأشخاص الحكمية، أما المادة ٥١ من ذات القانون فأعطت الشخص الحكمي جميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لشخص الإنسان فيكون له ذمة مالية وأهلية أداء وموطن وحق التقاضي وإلى غير ذلك من الحقوق اللازمة لهذا الشخص الحكمي كما اشترط القانون أن يكون لهذا الشخص الحكمي من يمثله في التعبير عن إرادته، فيعد هذا الممثل بمثابة النائب عن الشخص الاعتباري يتصرف باسمه ولمصلحة الشخص الحكمي.

ولما كانت المباشرة لا يتصور وقوعها من الشخص الحكمي لأنه لا يمكنه التعبير عن إرادته فإن هذه المباشرة لا تصدر إلا من ممثل الشخص الحكمي، ففي مثل هذه الحالة فإنني أرى أنه لا يمكن نسبة المباشرة إلى الشخص الاعتباري لتعذرها منطقياً وقانونياً، فالفعل الضار والذي هو عبارة عن عمل مادي وليس تصرف قانوني صدر من الشخص الطبيعي فهو صاحبه لذلك لا يمكن نسبته لغيره، وتأسيساً على هذا فإن المباشر هُوَ الشخص الطبيعي الّذي صدر عنه الفعل الضار أي هُوَ ممثل هذا الشخص الاعتباري وهو المسئول عن أفعاله الّتي صدرت عنه، وهو الّذي يبحث بحقه المسئولية عن الفعل الشخصي، لكن طالما أنه قام بهذه الإضرار بصفته ممثلاً للشخص الاعتباري فيمكن أن يسأل الشخص الاعتباري عن أفعال ممثله بوصفه متبوعاً وقد عالجت المادة ٢٨٨ من القانون المدني الأردني المسئولية عن فعل الغير.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مما سبق يتضح أن أساس مسئولية المباشر في القانون الأردني هُوَ أساس موضوعي مستمد من الشريعة الإسلامية، قائم عَلى تحقق الضرر بمعنى أنه لا يهم من هُوَ المباشر وما هِيَ الظروف الّتي صدر فيها منه الفعل المهم أن هناك ضرراً حدث لأحد الأشخاص فكان لابد من ضمان هذا الضرر من قبل من أوقعه، لأن المباشرة علة مستقلة وسبب للأضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي.

الفرع الرابع
تقدير موقف المشرع الأردني مقارنة بالقوانين الأخرى الّتي أخذت بالمباشرة

هناك قوانين عربية سبقت القانون المدني الأردني في النص عَلى المباشرة والتسبب، فكان لابد من تقدير موقف المشرع الأردني مقارنة بهذه القوانين وسوف نبدأ بالأقدم ثُمَّ بالأحدث:

أولاً: القانون المدني العراقي[١].

القانون المدني العراقي تم وضعه بَعْدَ القانون المدني المصري وأريد له أن يكون مزيجاً من الفقه الإسلامي والقانون المصري[٢]، وقد عالج هذا القانون المسئولية عن العمل غير المشروع -كما سماها- في المواد ١٨٦

(١) لقد صدر القانون المدني العراقي، سنة 1951، وأريد له أن يكون قانوناً وسطا بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي، للتفصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية العددان الأول والثاني ١٩٦٢.

(٢) السنهوري، الوسيط جـ ١، ص ٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدني الأردني قد تفوق على القانون المدني العراقي لأن هذا الأخير أخذ بالمباشرة شكلاً واسماً وخالفها حكماً ومضموناً أما القانون المدني الأردني فقد وافق الفقه الإسلامي بالمباشرة شكلاً ومضموناً.

ثانياً: القانون المدني الكويتي

لقد كانت المسئولية المدنية منظمة في الكويت بموجب قانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وكان نص المادة الثالثة منه مطابقاً لنص المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي، ثُمَّ تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ الّذي أضاف مادة برقم ١٩ مكرر وتحت باب المسئولية عن الأشياء والتي تحدثت عن تحميل المباشر الضمان في حال حدوث الضرر بواسطة شيء[١].

ثُمَّ ألغي هذا القانون بصدور القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ والذي تحدث عن الفعل الضار في المادة ٢٢٧ وما بعدها حيث نصت المادة ٢٢٧:

١- كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواء كان بإحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً.

---

(١) الجريدة الرسمية للكويت (الكويت اليوم) العدد ٦٥٣ السنة الثالثة عشر، ص ٨. وقد نصت م ١٩ مكرر على (إذا وقع ضرر على النفس أثناء استعمال شيء مما ذكر في المادة السابقة ولم تثبت المسؤولية عنه طبقاً للمادة المذكورة أو المادة الأولى من هذا القانون، فإن المباشر يكون مسؤولاً عن هذا الضرر وفقاً لقواعد الدية الشرعية، إلا إذا ثبت أن المصاب قد تعمد إصابة نفسه أو أن الحادث قد وقع نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمادة ٥/ش المتسبب لا يتضمن إلا بالتعمد، وعند الحديث عن المسئولية عن الأعمال الشخصية نصت المادة ١٣٨ (كل فعل سبب ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز) وهذه النصوص وإن كانت أكثر قرباً إلى الفقه الإسلامي من سابقتها إلا أنها قد وقعت بالخلط الذي وجد في مجلة الأحكام العدلية بذكر التعمد بدل التعدي، إضافة إلى أن هذا القانون ذكر التفرقة بين المباشرة والتسبب في مبادئه العامة، إلا أنه عاد وتخلى عن هذه التفرقة عند الحديث عن المسئولية عن الأفعال الشخصية، وهو بذلك لم يأخذ بما ورد بالفقه الإسلامي من التفرقة بين المباشرة والتسبب.

رابعاً: القانون المدني اليمني[1]

لقد صدر القانون المدني اليمني رقم ١٩ سنة ١٩٩٢ ذاكراً في مادته الأولى أنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ولدى العودة إلى أحكام المسئولية التقصيرية في هذا القانون وجدناها في الباب الثالث منه تحت عنوان الإضرار بحقوق الغير وتنشأ عنه المسئولية التقصيرية، ولم نجد ذكراً للمباشرة والتسبب، إنما وجدنا نصوصاً قانونية تقيم المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ[2].

---

(١) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية اليمنية في العدد الحادي عشر الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٥، علماً بأن القرار الجمهوري رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ قضى بإصدار القانون المدني، إلا أن مجلس النواب بقراره رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ قرر إصدار القانون المدني.

(٢) تنص م ٣٠٧ على فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الخلاصة:

مما سبق نخلص إلى أن القانون المدني الأردني قد أصاب عين الحقيقة، وقنن المباشرة كما أرادها فقهاء المسلمين بأن جعل المباشر ضامناً بلا شرط، وبالنص الوارد في المادة ٢٥٧ قد خرج من الجدل الفقهي حول اشتراط أو عدم اشتراط التعدي في المباشرة، وجعل المباشر ضامناً سواء بالفعل الإيجابي أو السلبي وسواء كان عالماً أو جاهلاً، ذاكراً أو ناسياً، أو متصرفاً في ملكه أو ملك غيره صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، لمجرد صدور الفعل الضار منه يجعل ذلكَ سبباً لضمانه، لكن تجدرُ الإشارةُ إلى أن المباشر يمكن له أن يدفع مسئوليته في حالات سوف نراها لاحقاً. وهذه الحالات جميعها الّتي يمكن أن يدفع فيها المباشر مسئوليته لا يكون الفعل صادراً منه بل من غيره مثل القوة القاهرة، أو يكون قد صدر منه في ظروف أعفاه فيها القانون من الضمان مثل حالة تنفيذ أمر الرئيس. أو حالات أخرى قد يستطيع فيها المباشر أن يتحلل من الضمان إن أثبت أن الفعل قد صدر منه وهو كأداة بيد شخص آخر مثل الإكراه.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الأول

معنى المتسبب وحدود مسئوليته بالفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

سوف نتحدث في هذا المطلب عن معنى المتسبب في الفرع الأول ثم عن حدود مسئوليته في الفرع الثاني.

الفرع الأول

معنى المتسبب والفرق بينه و بين المباشر

المتسبب مأخوذة من التسبب وهذه أصلها الثلاثي سبب ومعنى السبب لغةً هُوَ الحبل، وما يتوصل به إلى غيره[١]، أما في اصطلاح الفقهاء فإن السبب أحد أقسام الحكم الوضعي ويستعمل الفقهاء السبب في إطلاقات متعددة منها أنه يقابل المباشرة[٢]، وقالوا عن السبب عبارة عمّا يحصل الحكم عنده لا به لأنه ليس بالمؤثر في الوجود بل وسيلة إليه، فالحبل مثلاً يتوصل به إلى إخراج الماء من البئر وليس المؤثر في الإخراج وإنما المؤثر حركة المستقي للماء[٣]. إذا فالسبب هُوَ الواسطة الّتي تؤدي إلى حدوث الشيء ولكن لا

---

(١) لسان العرب، مادة سبب، المعجم الوسيط، مادة سبب.

(٢) ومن الإطلاقات الّتي يستخدمها الفقهاء عَلى السبب – والتي تخرج عن موضوعنا –

أ- علة العلة، كما في الرمي سبب للقتل من حَيْثُ أنه سبب للعلة فالموت لم يحصل بمجرد الرمي بل بالواسطة فأشبه ما لا يحصل الحكم إلا به.

ب- ذات العلة، بدون شرطها، كقولهم الكفارة تجب باليمين دون الحنث، فاليمين هو السبب وجد الحنث أم لم يوجد.

ج- الموجب والسبب بهذا الإطلاق يكون بمعنى العلة الشرعية.

الموسوعة الفقهية الجزء ٢٤ ص ١٤٧.

(٣) الزركشي، البحر المحيط، جـ٢، ص ٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما التعريفات الحديثة للتسبب فتدور جميعها في ذات معنى التعريفات القديمة فقالوا أن التسبب هُوَ أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله فيتلف به[1]، أو هُوَ ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه[2].

ومن خلال استقراء التعريفات السابقة نجدها جميعها تركز عَلى أن المتسبب يقوم بعمل ما وليس بالضرورة أن يترتب عَلى هذا العمل ضرر إنما لتدخل فعل آخر فإن الضرر قد وقع وكان هُوَ متسبباً بالضرر إذ لولا فعله والفعل الآخر لما حدث الضرر، كمن يحفر حفرة في الطريق، فليس بالضرورة أن يقع بها أحد الأشخاص ولكن لمرور شخص أو لقيام شخص آخر بإلقاء أحد فيها حدث الضرر، ومن التطبيقات الحديثة الّتي يمكن أن يكون فيها التسبب كمن يرسل فيروس من خلال رسالة بريد إلكتروني ففعله هذا لا يؤدي إلى حدوث الضرر إلا إذا قام شخص آخر بفتح هذه الرسالة.

إذا الفرق بين المباشرة والتسبب يتمثل بأنه في المباشرة يتصل فعل المباشر بالضرر فينتج عنه الضرر مباشرة كمن يقتل أو يضرب أو يحرق، أما التسبب فيتصل أثر فعل الإنسان بالشيء وليس فعله نفسه، ففي حالة فيروس الحاسب فإن ما أحدث الضرر هُوَ أثر الفعل وهو تنفيذ الملف المرسل وليس إرسال الملف، أو هُوَ الكسر الّذي حدث في السيارة نتيجة عدم إصلاحها جيداً من الميكانيكي.

---

(١) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية دار الفكر ١٩٨٢ ١٩٨٢

ص ٢٦ وسوف يشار له الزحيلي، نظرية الضمان.

(٢) الخفيف، الضمان، ص ٧٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلاً والمتسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعدياً[1]، وفي كشاف القناع وفي صدد الحديث عن تضمين من يحل الزق فيسيل ما فيه ضمن المتسبب ما تلف بسبب تعديه[2]، وكذلك ما نصت عليه المادة ١٤٣١ من مجلة الأحكام الشرعية يشترط في الضمان التعدي في الفعل الّذي تسبب عنه التلف[3]، وما ورد في مجمع الضمانات لو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمن، ولو في غير ملكه ضمن[4].

هذه الأمثلة وغيرها الكثير تشترط التعدي صراحةً في التسبب وتشترط شرطاً آخر يفهم ضمناً منها وهو أنه لا يوجد ما يمنع من نسبة الضرر إلى المتسبب، فلو حفر المتسبب حفرة في الطريق العام وجاء شخص ووقع فيها يكون الحافر ضامناً لأنه متعدي بالحفر والضرر لحق بالشخص نتيجة الوقوع بالحفرة الّتي حفرها المتسبب فلم يوجد فعل يقطع نسبة الوقوع إلى الحافر أما لو جاء شخص فألقى غيره في الحفرة فالضمان هنا علَى الملقي لأن فعله – الإلقاء – قد منع نسبة الضرر إلى الحافر.

وبسبب تقدير وجود أو عدم وجود هذا المانع اختلف الفقهاء المسلمون في تضمين المتسبب في الحالات الّتي يتوسط بين فعله والنتيجة فعل آخر ومن أمثلة ذلك:

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير، جـ ١٠، ص ٣٣٢، ابن نجيم، البحر الرائق جـ ١٠ ص ٢٤٩.

(٢) البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، جـ ٤، ص ١١٧.

(٣) أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد.

(٤) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٦٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

في الزق بفعل الشق أو بفعل آخر ومن رأوا أن السيلان لابد أن يترتب على الشق أوجبوا عليه الضمان[١]، أما من رأوا أن السيلان قد يتخلف ويترتب بسبب آخر كأن يكون ما في الشق جامداً ويذوب بفعل الشمس فقال بعدم الضمان[٢].

ثالثاً: تقطيع الوثيقة وضياع الحق الذي بها، إن قام شخص بتقطيع وثيقة بها حق ثابت لأحد الأشخاص ككمبيالة أو شيك أو إقرار فهو مباشر لإتلاف هذه الوثيقة ومتسبب في ضياع الحق الثابت بها فهو ضامن لقيمة الوثيقة أي الورقة لأن إتلافها كان مباشرة، أما ضياع الحق فهو متسبب فيه وللفقهاء في ضمان هذا الحق مذهبان أولهما يرى الضمان لأن الحق إن كان لا يثبت إلا بهذه الوثيقة فإن المتلف بفعله قد ضيع هذا الحق على صاحبها فهو ضامن لهذا الحق[٣]. أما الرأي الثاني فيرى عدم الضمان إلا لقيمة السند لأن ضياع الحق لم يكن بسبب تقطيع الوثيقة إنما بسبب آخر[٤].

هذه الأمثلة سقناها دون تفصيل فيها[٥]، وذلك للإشارة والدلالة على أن ضمان المتسبب لدى فقهاء المسلمين مرتبط بوجود أو عدم وجود مانع يمنع من نسبة تحقق الضرر إلى فعله المتعدي فيه، هذا إذاً شرح للشرط

---

(١) الكاساني، البدائع جـ ١، ص ٢٢١.

(٢) الزركشي، البحر المحيط جـ ٧، ص ١٤٩، المرتضى، البحر الزخار، جـ ٦، ص ص ٢٦٦، الأنصاري، شرح البهجة، جـ٣، ص٢٥١.

(٣) القرافي، الفروق، جـ ٢، ص ٢٠٦، كشاف القناع ج٢ ص ٢٦٦.

(٤) ابن قدامه، المغنى، جـ٤، ص ٢٠٦، مجمع الضمانات ص ١٤٦.

(٥) هناك تفصيلات أخرى عن التسبب في السرقة، أو التسبب في ضياع المال بسبب الشهادة إلى غير ذلك من هذه المسائل للتفصيل انظر سلميان ضمان المتلفات، ص ٣٧٢ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كونه متجاوزاً على حدود الغير أم لا، ويرى أن المعنى الأول للتعدي هُوَ المقصود كشرط لضمان المتسبب[1]. وقد عُرف التعدي أيضاً بأنه تجاوز الحد المأذون فيه[2].

إذا من خلال التعريفات السابقة نجد أن التعدي تعبير استعمله فقهاء المسلمين للدلالة على أن الإنسان إذا تجاوز حقه فيكون متعدياً وظاهر من هذه التعريفات أن الشرع أو العرف والعادة يرسم دائرة للإنسان تمثل المنطقة المسموح له بها التعامل بحقه دون أن يضمن نتيجة أفعاله لكن إذا تجاوز هذه الدائرة فيكون متعدياً وبالتالي فهو ضامن. وبهذا التحديد فإن مفهوم التعدي يتسع ليشمل العمد والإهمال وعدم الاحتراز وأخذ الحيطة.

ثانياً: معيار التعدي:

طالما أن التعدي هُوَ المجاوزة أو التجاوز ويكون ذلِكَ بالقيام بعمل معين لم يطلب القيام به أو بترك واجب مطلوب فعله، أو الإهمال أو التقصير في القيام بهذا الواجب فما هُوَ المعيار الّذي يؤخذ به لنعلم إن كان هذا الشخص الّذي يبحث في ضمانه متعدياً أم لا.

إن فقهاء المسلمين لم يضعوا معياراً للتعدي لأن مسألة المعايير وتحديدها هُوَ عمل الفقه الحديث أما أسلوب الفقهاء المسلمين لم يكن هكذا إنما مثلوا للتعدي أو المجاوزة بالكثير من الأمثلة وبعد استعراض جزء منها يمكن أن نجد هذا المعيار.

---

(١) الزرقا، الفعل الضار، ص ٧٨ – ٧٩.

(٢) محمد العكام، الفعل الموجب للضمان، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق الحقوق ١٩٧٧، ص ٧٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يراه كل الناس فمن اتفق مع هذا العام والمألوف فلا يكون متعدياً ومن تجاوز فيكون متعدياً. فإذا المعيار هنا موضوعي بحت متعلق بالفعل وليس بالفاعل.

أما إذا تعلق الأمر بأناس متخصصين كأصحاب مهنة أو حرفة فالمألوف هُوَ ما ألفه وتعارف عليه أصحاب هذه المهنة فمن قام بالمهنة حسب أعراف أهلها لا يكون ضامناً لعدم التعدي وأما إن تجاوز عن هذه الأصول والأعراف فيضمن لتعديه.

ومن أمثلة ذلِكَ إن أمر أبو الصبي أو سيد المملوك الختّان بختنهما ففعل فماتا فلا عقل ولا قود ولا كفارة على الختان وإن ختنهما بغير أمر أبي الصبي أو أمر الحاكم ولا سيد المملوك وماتا فعليه الكفارة وعلى عاقلته دية الصبي(١) وقيل أيضاً إن أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن(٢) هذا وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم(أيما طبيب تطبب على قوم ولم يعرف بالطب قبل ذلِكَ فأعنت فهو ضامن) (٣)

وبحسب الأمثلة الّتي ذكرناها فلا يعتد فقهاء المسلمون بالظروف الخاصة بالفاعل إنما يعتد بظروف الفعل بغض النظر عن الظروف الشخصية لفاعله والسبب في ذلِكَ أن الضمان إنما شرع لجبر ما فات من المصالح والزواجر مشروعة لدرء المفاسد والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ولا يشترط في ذلِكَ أن يكون ما

---

(١) الشافعي، الأم ج٦ ص٦٤.

(٢) المرجع السابق ج٦ ص١٨٦.

(٣) عبد الله بن أبي شبيه. المصنف، دار الفكر ج٦ ص٣٧٩ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يعلم به بأن كان ليلاً أو أعمى فعثر به فمات[1]. ومن الأمثلة على الاعتداد بظرف المكان أن قائد الدابة لا يضمن ما ينبعث من غبار وحجار نتيجة سير الدابة أما إن كان المنبعث حجراً كبيراً يضمن لأن الحجر الكبير ينبعث بخرق منه في السير[2]. ومن الاعتداد بالظروف أيضاً، إن أخرج الرجل من داره ميزاباً إلى الطريق فسقط إلى الرجل فقتله، إن أصابه الطرف الداخل لم يضمن شيئاً، وإن أصابه الطرف الخارج ضمن[3].

مما سبق يمكن إن نقول أن فقهاء المسلمين وضعوا معياراً مادياً مجرداً للتعدي، فمعيار التعدي لديهم يعتد فيه بالفعل فقط، بغض النظر عن فاعله فإن كان هذا الفعل فيه تجاوز عن الحدود المتعارف عليها والمألوفة في الزمان والمكان والظروف الّتي تم القيام بها في الفعل فإن فاعله إن كان متسبباً يكن ضامناً بغض النظر عن ظروفه الشخصية إن كان مستيقظاً أو نائماً قاصداً متعمداً أو مخطئاً غير قاصد عاقلاً أو مجنوناً، صغيراً أو كبيراً. والسبب في ذلِكَ كما قلنا أن الضمان هُوَ لجبر الضرر وليس لزجر المتعدي فطالما أن فعله فيه تعدي فقد لا يأثم شرعاً بتعديه لظرف خاص به كالنوم أو النسيان إلا أنه واجب عليه جبر الضرر أي تعويض المصلحة الّتي فاتت على صاحبها بسبب فعله.

بَعْدَ الحديث عن التعدي ومعياره، لابد لنا من النظر في تطبيقاته والحالات الّتي ينطبق عليها المعيار الّذي استخلصناه للتعدي.

---

(١) الفتاوى الهندية، جـ ٦، ص ٤١.

(٢) السرخسي، المبسوط، جـ ٢٦، ص ١٨٩.

(٣) الطرابلسي، معين الحكام، ص ٢١١، الفتاوى الهندية جـ ٦، ص ٣٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرسول عليه الصلاة والسلام (وضع الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) [١].

٢) **التسبب بالتعدي في الفعل الإيجابي والفعل السلبي:**

مما لا خلاف فيه أن أجلى وأوضح الصور للتعدي هي بالفعل الإيجابي والأمثلة عليها بالفقه الإسلامي كثيرة مثل حفر الحفرة بالطريق، أو وضع شيء في طريق المسلمين، أو فتح قفص طائر إلى غير ذلكَ من الحالات التي يصدر فيها من المتسبب فعل إيجابي[٢]، وأنا أرى أن الفعل الإيجابي لا يشترط أن يكون فعلاً مادياً إنما يمكن أن يكون فعلاً معنوياً، كالذي يقول كلاماً كاذباً عن أحد الأشخاص فيترتب عليه أن يقوم أحدهم بفعل يتسبب به ضرر، وخير مثال على هذا القول، ما يتعلق بالمنافسة غير المشروعة فالتاجر الذي يروج إشاعات كاذبة عن غيره من التجار ويترتب على هذه الإشاعات ضرر بسبب إحجام الناس عن التعامل هُوَ متسبب متعدي ويضمن. ومن تطبيقات ذلكَ ما ورد في كتب الفقه الإسلامي أن من غرّم مالاً بسبب كذب عليه عند ولي الأمر فله تضمين الكاذب[٣].

---

(١) الشافعي، الأم جـ٧ ص ٢٤٧، وقد ورد هذا الحديث بصيغ متعددة كلها تدور حول رفع الإثم في حال الخطأ والنسيان انظر على سبيل المثال المصنف جـ٤ ص ٤٠ الطحاوي، شرح معاني الآثار جـ٣ ص ٩٥ نصب الراية جـ٢ ص ٧٥.

(٢) كثير من الأمثلة عن التسبب بالفعل الإيجابي في كتب الفقه الإسلامي، خصوصاً البغدادي مجمع الضمانات، ص ١٤٦ وما بعدها.

(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، جـ ٥، ص ٤٢١، البخاري، كشف الأسرار جـ٤، ص. ص ١٧٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهذا الوجه الّذي نتحدث عنه يمكن تسميته بالامتناع عن مساعدة الآخرين أو حفظ أموالهم ومن الأمثلة الفقهية على ذلكَ:

- فقد ورد في المحلى أن من استسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات، فإن كانوا يعلمون أن لا ماء له إلا عندهم فقد قتلوه عمداً وإن علموا أن له ماء يمكن أن يدركه فمات قبل أن يدركه فقد قتلوه خطأ[١]. وظاهر من هذا المثال أنه على الوجهين فيه الضمان.

- وقالوا أنه لو حبس رجلاً حتى ضاع ماله لا ضمان عليه لأنه لم يتدخل في نقل الملك ولا في إتلافه[٢]. وفي هذا المثال لم يكن هناك ضمان لعدم وجود فعل مادي للمتسبب في ضياع المال.

وأنا أرى في هذا المقام أن ما يتفق مع الشريعة الإسلامية هُوَ أن من كان بإمكانه أن يحفظ نفس غيره أو ماله وامتنع عن ذلكَ على الرغم من مقدرته وعدم إلحاق الضرر به فإنه يضمن وهذا متفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الّتي أوجبت حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال فكل مسلم من واجبه الحفاظ على هذه الكليات ومن يفرط أو يقصر أو يمتنع عن حفظها عليه الضمان[٣]. ومن أمثلة ذلكَ ما ذكرناه أعلاه من الامتناع عن السقاية، فقد ورد ورد أن من ترك إنساناً حتى أشرف على الهلاك وهو قادر على تنجيته ولم ينجه فهو ضامن ويعتق رقبة[٤]. وقد قيل إن من واجب المسلم حفظ مال أخيه أخيه وضمن إن ضيعه[٥]. وقد قيل أن مر على حباله فوجد فيها صيداً يمكنه

---

(١) ابن حزم، المحلي، جـ ١١، ص ١٨٥-١٨٦.

(٢) الكرابيسي، الفروق جـ ٢، ص ٧.

(٣) القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، جـ ٤، ص ٣٤.

(٤) طفيش، شرح النيل وشفاء العليل، جـ ٥، ص ٩٩.

(٥) المرجع السابق، جـ ١٢، ص ١٤٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يجب والأمثلة على هذه الصور تزخر بها كتب الفقه الإسلامي فمنها على سبيل المثال:

- لو ساق في الأسواق إبلاً غير مقطورة، أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبح اللجام لزمه الضمان لخروج ذلكَ على المعتاد[١].
- وضع شيئاً على طريق العامة فعثر به إنسان فسقط وهلك ذلكَ الشيء من غير قصد يضمن[٢].
- ألقى قشراً في الطريق فزلقت به دابة ضمن[٣].
- رجل دق في داره شيئاً فسقط من ذلكَ في دار جاره شيء وتلف كان ضمان ذلكَ على الّذي دق في داره[٤].
- لو أحرق شخص أعشاباً جافة في أرضه فسرت النار إلى شيء لأحد ما فأحرقته فلا ضمان عليه إلا إذا كان متعدياً بأن كان إحراق الأعشاب في يوم شديد الريح[٥].
- لو سد أحد ماءَ أرض لآخر أو روضته فيبست مزروعاته ومغروساته وتلفت أو أفاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً[٦].

---

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام جـ ٢، ص ١٩٥.

(٢) مجمع الضمانات، ص ١٤٦.

(٣) المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٤) المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٥) حيدر، درر الحكام، جـ ١، ص ٩٤.

(٦) المرجع السابق، ص ٦١٣. وانظر الكثير من الأمثلة محمد صلاح الدين حلمي أساس المسئولية التقصيرية ص ٢١٩ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الناس، ويترتب على هذا الكلام أن حدود التعدي تختلف باختلاف الأعراف من زمان إلى زمان آخر ومن مكان إلى مكان آخر فما يعد تعدياً في زمان قد لا يعد كذلك في زمانٍ آخر، وما يعد تعدياً في مكان قد لا يعد كذلك في مكان آخر.

والقول هذا- حسب رأيي- يعطي مرونة للقاضي ليقوم بتفسير التعدي حسب التطورات الّتي تحدث في الأعراف الّتي تسود في مجتمعه فيجعل قاعدة ضمان المتسبب بالتعدي ثابتة إلا أن مضمونها متطور بحسب تطور المجتمع.

الفرع الثالث
أهلية المتسبب

إن موقف فقهاء المسلمين في شأن أهلية المتسبب هُوَ ذاته الموقف من أهلية المباشر، فمعظم أهل الفقه على تضمين الصغير غير المميز أو من في حكمه وذلك لأن أحكام الضمان من خطاب الوضع وهذا النوع لا يشترط فيه التكليف للمخاطب فيه على خلاف خطاب التكليف، ولأن أيضاً أحكام الضمان من الجوابر الّتي شرعت لجبر ما فات من مصالح العباد والتي لا يشترط فيها أن يكون الفاعل أثماً إنما يستوي فيه الصغير والكبير والناسي والذاكر والمجانين والصبيان ومن في حكمهم[1] .

---

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام جـ ١، ص ١٧٨، القرافي، الفروق جـ ١، ص ص ٢١٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ثانياً: طالما أن المطلوب في التسبب هُوَ التعدي، ولدى البحث عن معياره في الفقه الإسلامي وجدنا أنه معيار مادي بحت يبحث في الفعل وفي الظروف الخارجية الّتي أدتَ إلى حدوثه ولا يتدخل في الظروف الخاصة بالفاعل فلذلك يتصور وقوع التعدي من عديم التمييز أو من هُوَ في حكمه.

ثالثاً: أن جمهور الفقه الإسلامي والذين يرون الضمان على الصغير أو من هُوَ في حكمه لم يفرقوا في أحكامهم بين المباشرة والتسبب إنما جاءت النصوص الفقهية مطلقة وفي هذا المقام نذّكر فيما قلناه أعلاه من أن أحكام الضمان هِيَ من خطاب الوضع، وأنها من الجوابر.

لذلك كله نرى أن عديم التمييز بالفقه الإسلامي يضمن على كلا الوجهين بالمباشرة أو بالتسبب.

الفرع الرابع
التسبب واستعمال الحق

لا يظهر هنا التعارض الظاهري الّذي وجدناه عند الحديث في المباشرة، ذلِكَ أن القاعدة في ضمان المتسبب أنه لا يضمن إلا بالتعدي، والقاعدة في استعمال الحق أن الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا ضمان عليه، ويكون استعمال الحق غير مشروع إن كان هناك تعدٍ على حقوق الغير، إذا المتسبب في استعماله لحقه يجب ألا يتعدى وإلا ضمن.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني

معنى المتسبب وحدود مسئوليته بالقانون المدني الأردني

لم يعرف القانون المدني الأردني المتسبب أو التسبب تاركاً هذه المهمة للمذكرات الإيضاحية حيث عرفت المتسبب بأنه الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلِكَ الشيء ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إن هُوَ لم يتبع بفعل فاعل آخر[1].

وكذلك لم يرد تعريف للمتسبب أو التسبب بأحكام محكمة التمييز، أما في الفقه فإن تعريفات التسبب والمتسبب كلها تدور في فلك التعريفات الواردة في الفقه الإسلامي والتي سبق أن أوردناها[2]. حيث ورد أن التسبب هُوَ ما أحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة وكان علة الضرر[3]. وقد قيل أن التسبب يكون بإتيان فعل في شيء آخر فيفضي إلى إتلاف الشيء[4]. وقد عرف د.عبد القادر عودة السبب أنه ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة الجريمة[5]، إذا من هذه التعريفات والتعريفات السابقة يمكننا استخلاص تعريف للمتسبب منها فنقول أن المتسبب هُوَ ذلِكَ الشخص الّذي يقوم بفعل

---

(١) المذكرات الإيضاحية جــ١ ص ٢٨٣.

(٢) ما سبق ص٧٤

(٣) مصطفى حليلو، عناصر المسئولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ١٩٩١، ص ١٧.

(٤) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ١٨٧.

(٥) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت ط ١٤، ١٩٩٨، جـــ١، ص ٤٥١.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التعدي والتعمد، فأغلب الرأي عندهم أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي[1]، ولم يرد بأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد إلا في مواضع محددة[2]. أما الجمع بين التعمد والتعدي فقد ورد حديثاً وفي مواضع محدودة[3]. من هذا يتبين لنا أن القانون الأردني قد اشترط شروطاً غير مذكورة بالفقه الإسلامي، وأصبح حرياً بنا أن نبحث هذه الشروط لكي نعلم مدى مطابقتها واختلافها عن الفقه الإسلامي.

أولاً: التعدي ومعياره

لم يعرف القانون المدني الأردني التعدي إنما عرفته المذكرة الإيضاحية حيث قالت المراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الّذي حصل منه الضرر[4]، كذلك لم يرد تعريف للتعدي في مجلة الأحكام العدلية أما محكمة التمييز الأردنية فقد رددت التعريف الوارد في المذكرات الإيضاحية[5].

---

(١) انظر، السرخسي، المبسوط جــ ٤، ص ٨٨، ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق جــ ٣، ص ٢٤٩، البهوتي، كشاف القناع جــ٤ ، ص ١١٧، الموسوعة الفقهية جــ ٢٨، ص ٢٠٨، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار جــ ٣، ص ٢٢١، البابرتي، العناية شرح الهداية، جــ ١٠، ص ٣٢٥.

(٢) المادة ٩٣ من مجلة الأحكام العدلية، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٤٠.

(٣)علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، جــ٢، ص ٥٩٧، وقد ورد الجمع بين التعمد والتعدي في المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي.

(٤) المذكرات الإيضاحية، جــ ١ص ٢٨١.

(٥) تمييز حقوق ١١٢٨/ ٢٠٠٢ تاريخ ٢٠٠٢/٥/١٥ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالمادة كلها تتحدث عن الإضرار وماهيته وشروطه إن وقع، وقد قالت المذكرة الإيضاحية عن الإضرار إنه مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر[١]. ومن هذا يظهر أن القانون ومذكرته الإيضاحية يتحدث عن أسلوب وقوع الفعل الضار فهو يبحث في الفعل وليس الفاعل فالمعيار موضوعي يبحث في الفعل وليس الفاعل.

هذا وقد حددت المذكرة الإيضاحية أن الفعل الضار يقع بالفعل الإيجابي، والفعل السلبي (الامتناع) وكذلك فإن دلالته – أي الإضرار – تنصرف إلى فعل العمد وإلى مجرد الإهمال[٢]، ومن الأمثلة الّتي ساقتها المذكرة الإيضاحية أن الإنسان إذا حفر حفرة في الطريق العام بغير إذن ولي الأمر فسقط بها إنسان فيضمن لأنه متعدٍ في الحفر، أما إن حفرها في ملكه فلا يضمن لعدم التعدي[٣].

نصوص مجلة الأحكام العدلية

ورد في المادة ٩٢٤ أنه يشترط التعدي ليكون التسبب موجباً للضمان، وأكملت يعني أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً إلى ذلكَ الضرر وأيضاً ما ورد في ٩٢٢ إن تمسك واحد بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط ما عليه شيء وتلف أو تعيب كان المتمسك ضامناً.

---

(١) المذكرة الإيضاحية، جـ ١ ص ٢٧٧.

(٢) المرجع السابق، جـ ١ ص ٢٧٧.

(٣) المرجع السابق، جـ ١ ص ٢٨٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

تنظر إلى الشخص إنما نظرت إلى الفعل، وكذلك يستفاد من هذا الحكم أن القصد أو العمد والخطأ سواء في ضمان المتسبب، بمعنى أن الضمان يكون بالتعدي العمد والتعدي الخطأ.

كما قضت محكمة التمييز بالضمان على صاحب الحق إذا استعمل حقه بشكل ترتب عليه ضرر للغير حتى ولو كان هذا الذي يستعمل حقه معه إذن أو ترخيص باستعمال الحق ومن هذه الأحكام (إن باشرت الجهة المميزة بالتنفيذ وقامت بتشغيل آلياتها بحيث تتطاير منها غبار أضر بأشجار المدعين فإن الضرر الناشئ عن هذا الفعل يوجب الضمان على الجهة المميزة[1]). وفي ذات الموضوع قضت أيضاً (استقر قضاء محكمة التمييز على أن سقوط المخلفات الضارة لمصانع الأسمنت بنتيجة التشغيل على أرض الغير هو فعل ضار موجب للضمان ولا يمنع من ذلك القول أن الشركة المميزة بإقامتها للمصنع تصرفت في ملكها تصرفاً مشروعاً لأن حريتها في التصرف مقيدة بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة والخاصة وأن تصرف المالك بملكه بشكل ضار بالغير يعد تعدياً وموجباً للضمان[2]). ومن هذه القرارات يستفاد أن محكمة التمييز أيضاً اعتبرت استعمال الحق ولو كان بسبب شرعي اعتبرته تعدياً إن كان فيه إضرار بالغير أو ممتلكاته، فالتعدي يقع أيضاً من خلال استعمال الحق.

---

(١) تمييز حقوق رقم ٢٠٠١/٢٢٨٩ تاريخ ٢٠٠١/١٠/٢٨ منشورات مركز عدالة.

(٢) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٢٧٣٤ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٩ منشورات مركز عدالة وفي ذات الموضوع، انظر القرارات ٢٠٠٣/١٨١٥ تاريخ ٢٠٠٣/١١/٤، ٢٠٠٣/١٥٧١ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٣، ٢٠٠٢/٨٧٢ تاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٣، ٢٠٠٢/٤٨٧ تاريخ ٢٠٠٣/٢/١٩ جميعها منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بالصدمة الكهربائية[1]، هذه الأحكام يستفاد منها تضمين المتسبب بمناسبة امتناعه عن القيام بالعمل المطلوب منه كما في حالة شركة الكهرباء، أو عدم قيامه بفعله كما يجب كما في حالة شركة مصفاة البترول.

وأخيراً فقد قضت محكمة التمييز بأن التعمد ليس شرطاً للضمان فقالت كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان سواء كان بالمباشرة أو التسبب عملاً بأحكام المادتين ٢٥٦، ٢٥٧ من القانون المدني بما يعني أن التعمد ليس شرطاً للضمان وقيام المسئولية عن الفعل الضار[2]، وفي قرارٍ آخر قالت إنه لا يشترط التعمد في حوادث التسبب في الوفاة[3].

من خلال استعراض القرارات السابقة نجد أن محكمة التمييز تركز على المعيار الموضوعي بالبحث في الفعل نفسه إن توافر فيه شرط التعدي من عدمه، فلم نجد أياً من قراراتها قد بحث في الفاعل أو الظروف النفسية له عند ارتكابه للفعل الضار، بمعنى أن محكمة التمييز تبحث في الفعل وتشترط التعدي في الفعل لا الفاعل، وقد وجدناها تسوي في التعدي بين الفعل الإيجابي والسلبي وكذلك اعتبرت استعمال الحق تعدياً طالما ترتب عليه ضرر للغير وقضت بالضمان على المتسبب سواء كان مميزاً أو غير مميز، وأعفت المتسبب من الضمان إن لم يثبت بحقه التعدي كأن يستعمل حقه استعمالاً مألوفاً، كذلك قد قررت المحكمة بعدم اشتراط التعمد في فعل

---

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٩٣/٤٦٦ تاريخ ١٩٩٤/٢/٧ المنشور على الصفحة ٣٠١ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، أيضاً تمييز حقوق ٢٠٠٢/١٩٧٩ تاريخ ٢٠٠٢/٨/٢١ منشورات مركز عدالة.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٩٢/٥٣٤ تاريخ ١٩٩٣/٩/١١ المنشور على الصفحة ٢٤٣٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣.

(٣) تمييز حقوق رقم ١٩٩٢/٨٧٥ تاريخ ١٩٩٢/١٠/٦ المنشور على الصفحة ١٩٣٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أن التعدي هُوَ الشرط الوحيد لضمان المتسبب في الفقه الإسلامي إلا أن القانون الأردني قد أضاف شروطاً أخرى وهي التعمد وإفضاء الفعل إلى الضرر، لذلك سوف نبحث الآن في الشرط الثاني وهو التعمد.

ثانياً: التعمد

التعمد هُوَ القصد والإرادة ، بمعنى اتجاه النية إلى إحداث الضرر وكما سبق أن ذكرنا فان التعمد لم يشترط لمسئولية المتسبب في الفقه الإسلامي إلا حسب ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩٣ وقد عادت المجلة وذكرت في المادة ٩٢٤ أن التعدي هُوَ شرط ضمان المتسبب ، وكذلك ما ورد في كتاب الأشباه والنظائر (في باب الغصب) أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد[١]. ولعل ذكر التعمد هنا كان لأن الحديث عن الغصب ومن المعلوم أن الغصب لا يكون إلا بفعل عمدي عن قصد وإرادة ، فلا يمكن لأحد أن يغصب مالاً خطأ ، هذا وسبق أن أثبتنا أن المقصود بما ورد في كتاب الأشباه والنظائر هُوَ التعدي وليس التعمد .

لكن ما هُوَ قصد المشرع الأردني من التعمد، لقد قالت المذكرة الإيضاحية (أن كلمتي التعمد والتعدي ليستا مترادفتين إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل، والمراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر، والشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة فإن كان الإضرار (كالإتلاف) بالمباشرة لم يشترط التعمد ولا التعدي وإن كان بالتسبب اشترط التعمد والتعدي وقد صيغ هذان الحكمان في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما المباشر

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٣٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

شخص استعمل حقه استعمالاً مشروعاً قاصداً الإضرار بالآخرين، كمن يضع أسلاكاً شائكة حول منزله ويوصلها بالكهرباء لكي تصعق كل من يلمسها فهذا يعد متعدياً متعمداً، أضف إلى ذلكَ كله أن القانون المدني نفسه عبر عن هذه الحالة في الفقرة الأولى من المادة ٦٦ بقوله إن توافر قصد التعدي فلذلك فإن الاستعمال المشروع للحق إن حدث عنه ضرر للغير عن غير قصد وكان صاحب الحق متجاوزاً في استعماله فيعد متعدياً ويحاسب كمتسبب حسب أحكام المادة ٢٥٧ من القانون المدني وتقوم مسئوليته على أساس المسئولية عن الفعل الضار، أما إن استعمل الحق بقصد الإضرار بالآخرين فهذه حالة من حالات الإساءة في استعمال الحق والمسئولية عنها على أساس المادة ٦٦من القانون المدني.

إذاً فإن هذه الحالة الّتي قالت عنها المذكرة الإيضاحية إنها تعمد الضرر لا الفعل فقصد المشرع منها أن يقوم الإنسان بفعل مشروع أصلاً يقصد به الإضرار بالآخرين، وهذا هُوَ مقصد وأساس نظرية التعسف أو إساءة استعمال الحق حيث أن الفرق بين التعسف والتعدي أن في التعسف يكون الفعل مشروعاً أصلاً لأنه يستند إلى حق أو جواز شرعي لكن النية من استعماله أحداث الضرر فأصبح غير مشروعٍ بالنظر إلى باعثه، أما الفعل الواقع على سبيل التعدي فهو فعل غير مشروع بداية[1]. وعند الرجوع أيضاً إلى قرارات محكمة التمييز نجد أنها استعملت لفظ التعمد مع التعدي كما فعل القانون بل هِيَ في الكثير من الأحكام كانت تردد ما ذكره القانون من أن الإضرار بالتسبب يشترط فيه التعدي أو التعمد ولم نجد لها أية أحكام تبين لنا

---

(١) د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨، ص ٦٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التعدي، ويبدو أن القانون الأردني أراد أن يجاري مجلة الأحكام العدلية في ذكرها للتعمد.

٢- إنه إن كان قصد المشرع -كما ذكرت المذكرة الإيضاحية- أن التعمد هوَ القيام بالفعل المشروع من خلال استعمال الحق بقصد الإضرار بالآخرين كمن يبني سوراً عالياً لمنزله قاصداً حجب الهواء عن جاره فإن هذا أحد ضروب نظرية التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعمال الحق كما سماها القانون الأردني وهو محكوم بالمادة ٦٦ فلا داع لتكرار الحكم في المادة ٢٥٧.

٣- أما إن كان قصد المشرع استخدام أي فعل بقصد الإضرار بالآخرين سواء كان هذا الفعل مشروعاً أم لا، فإن كان مشروعاً فإن الرد عليه في النقطة السابقة، أما إن لم يكن مشروعاً فنحن نتحدث إذا عن مجاوزة، فالتعمد بهذا التحديد يعد أحد صور أو تطبيقات التعدي.

٤- إن ذكر التعمد كشرط لمسئولية المتسبب يترتب عليه أن المتسبب في حالة التعمد لابد أن يكون مميزاً ومدركاً لأفعاله وهذا يتناقض مع نص المادة ٢٥٦ من القانون الّتي قالت إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر لذلك فإننا نرى إلغاء شرط التعمد بوصفه أحد شروط الضمان بالنسبة للمتسبب(١).

هذا وقد اشترط القانون المدني شرطاً ثالثاً لضمان المتسبب وهو وبحسب تعبير م ٢/٢٥٧ أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر لذلك سوف نبحث في هذا الشرط لنرى مدى ضرورته.

---

(١) من هذا الرأي الزرقا الفعل الضار، ص ٧٣ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

السببية فالفعل الضار غير مضمون أصلاً إن لم يحدث ضرراً أما الحكم الثاني الّذي تحدثت به عن مسئولية سائق السيارة فهذا السائق بحكم المباشر للضرر الّذي لا يشترط في فعله أي شروط فهو ضامن إن ترتب على فعله ضرر فالحديث أيضاً عن علاقة السببية، أما الحكم الثالث والذي بحث في مسئولية شركة مصفاة البترول لعدم قيامها بالصيانة اللازمة فان هذا الفعل يعد من قبيل التعدي الّذي إن أفضى إلى الضرر فيتحقق به الضمان والحكم الأخير فالذي امتنع عن القيام بعمل من الواجب عليه القيام به حسب أحكام القانون الّتي تلزم كل مواطن بعمل المجاري فإنه أيضاً يعد من قبيل التعدي وقد أقرت بذلك المحكمة في ذات الحكم ولا نعلم لماذا أضافت له الشرط الثاني إذ أن التعدي كافٍ بحد ذاته للضمان والإفضاء الّذي تحدثت عنه المحكمة متعلق برابطة السببية.

ولدى البحث عن الإفضاء في كتب الفقه الإسلامي لم نجد فيها شيئاً إنما تحدثت عن ذلِكَ الموسوعة الفقهية فقالت (أن الضمان لا يتحقق إلا بتحقق هذه الأمور التعدي والضرر، والإفضاء) ولدى تعريفها للإفضاء قالت (أن من معانيه الوصول في اللغة ويستخدم المعنى الاصطلاحي في ذات المعنى اللغوي وأكملت بأن ما يشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان أن لا يوجد للضرر أو الإتلاف سبب آخر غيره سواء أكان هُوَ مباشراً أم تسبيباً، وأن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه لا إلى السبب وذلك لمباشرته)[1].

---

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء ٢٨، ص ٢٢٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني

عديم التمييز والتسبب

إن عديم التمييز ضامن لأفعاله الضارة الّتي تقع منه بالتسبب وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة ٢٥٦ حيث أنها جاءت مطلقة بضمان الفعل الضار فقالت كل إضرار أي مهما كان نوعه سواء بالمباشرة أو بالتسبب وكذلك أيضاً بدليل ما ورد في المادة ٢٧٣ فيما يتعلق بضمان الأفعال الواقعة على النفس والمادة ٢٧٨ في ضمان الأفعال الواقعة على المال[١]. وقد تأكد هذا الحكم بقرارات محكمة التمييز حيث قالت المحكمة في أحد قراراتها إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز، مباشراً أو متسبباً بضمان الضرر الأمر الّذي يبنى عليه أن المتسبب بالضرر مسئول عن تعويض المضرور[٢].

وبهذا فإن مسئولية عديم التمييز حسب أحكام القانون الأردني تعتبر مسئولية أصلية وكاملة وشخصية، وتنسجم مع الأحكام العامة للفعل الضار في القانون الأردني كما أنها متوافقة مع الفقه الإسلامي.

---

(١) نص المادة ٢٧٣ (ما يجب من مال الجناية علَى النفس وما دونهما، ولو كان الجاني غير مميز هو علَى العاقلة أو الجاني للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقاً للقانون)، نص المادة ٢٧٨ (إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله).

(٢) تمييز حقوق ٢٠٠٢/٨٣٩ تاريخ ٢٠٠٢/٤/١٧ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المادة الثانية فلأنها أضافت شروطاً لم يشترطها الفقه الإسلامي فنقترح النص التالي ليحل محل هاتين المادتين:

نص مقترح:

١- يكون الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب.

٢- المباشر ضامن ولو لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي.

٣-عديم التمييز أو من في حكمه ضامن لأفعاله الضارة سواء وقعت بالمباشرة أو بالتسبب.

الفرع الرابع

تقدير موقف القانون الأردني مع القوانين الأخرى التي تأثرت بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بضمان المتسبب

القانون العراقي

قلنا سابقاً أن القانون العراقي وفي المادة ١٨٦ منه سوى بين المباشر والمتسبب واشترط لكليهما التعمد أو التعدي.

فلذلك يعد القانون العراقي قد توافق مع القانون الأردني في اشترط التعمد أو التعدي لمسئولية المتسبب وخالف كلاهما الفقه الإسلامي الّذي لم يشترط إلا التعدي.

القانون المدني الكويتي

لقد خالف القانون الكويتي الفقه الإسلامي أيضاً إذ انه فضلاً عن مساواته للمباشر والمتسبب في شروط الضمان ، فإنه اشترط في الفعل

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

من استعراض هذه القوانين نجد أن القانون المدني الأردني كان أقربها للفقه الإسلامي لكن يؤخذ عليه التزيد في وضع شروط مثل التعمد والإفضاء للضرر وهي غير مطلوبة في الفقه الإسلامي فنتمنى إلغاء هذه الشروط الزائدة ليتحقق التطابق بينه وبين الفقه الإسلامي أما مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد وان طابق الفقه الإسلامي في اشتراطه للتعدي إلا إن خالفه في نقطة جوهرية وهي المساواة في شروط المسئولية بين المباشر والمتسبب.

الفرع الخامس
أساس مسئولية المتسبب

لا نتردد في القول بان أساس مسئولية المتسبب في القانون الأردني هُوَ الضرر المقرون بالتعدي واجب الإثبات ولأنه كما سبق أن ذكرنا بالنسبة للمباشر لا يجوز أن نلجأ إلى نظريات غريبة عن الفقه الإسلامي لتبرير أحكام الضمان فيه ولان القانون الأردني مأخوذ من الفقه الإسلامي فلا بد أن نبحث له عن أساس منسجم معه ولأن المذكرة الإيضاحية قالت أن أحكام الفعل الضار مبنية على حديث الرسول عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار)، فيكون مسئولية المتسبب أساسها الضرر ولكون المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي فيكون أساس هذه المسئولية الضرر المقرون بالتعدي واجب الإثبات.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أمثلة ذلكَ ما ورد في المبسوط لأنه مباشر فلا يعد فيه معنى التعدي[1]. وأيضا ورد أن السبب إن كان تعديا بمنزلة المباشرة في إيجاب ضمان المال[2] وقد ذكر الزيلعي إنه إن رمى بسهم في ملكة وأصاب إنساناً حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدي، ولأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة [3] وقد ذكر ابن الهمام أن الراكب إن كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شروطه[4] وقد ورد في البحر الرائق لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان[5] وقد ذكر في الفتاوى الهندية لان هذا تسبب ليس بالمباشرة والضمان في التسبب لا يجب بدون التعدي[6] والأمثلة في الكتب الفقه الإسلامي كثيرة على اشتراط التعدي في التسبب وعدم اشتراطه في المباشرة.

هذه المقدمة ذكرناها لندلل على أن فقهاء المسلمين استعملوا المباشرة والتسبب قديما وحديثا ، كما أنهم في هذا الاستعمال اشترطوا التعدي في التسبب دون المباشرة فما هيَ الأهمية المترتبة على هذا التقسيم بين المباشرة والتسبب.

---

(١) السرخسي، المبسوط جـ٤، ص ١٨٩.

(٢) المرجع السابق جـ ١٦، ص ١٧٩، ذات المرجع جـ٢٠، ص ١٧٧.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق جـ٥، ص ١٤٧.

(٤) ابن الهمام، فتح القدير، جـ١٠ ص ٣٣٥.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، جـ ٧، ص ١٢٨.

(٦) الفتاوى الهندية جـ ٤، ص ٤٧٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إثبات فعل التسبب والتعدي فيه والضرر وعلاقة السببية بمعنى أن إجراءات الإثبات أمام القضاء في حال الإضرار بالمباشرة تختلف عن الإضرار بالتسبب، أي أن شروط مسئولية كلٌ من المباشر والمتسبب تختلف عن بعضها البعض.

٤- انه لا بد من التفرقة بين المباشرة والتسبب لأنه في حال اجتماعهما عند وقوع الضرر فالحكم على الغالب أن المباشر هو الضامن ذلكَ أن فقهاء المسلمين اعتبروا المباشرة بحكم العلة أي أنها هِيَ الّتي تؤثر في الحكم وتكون هِيَ الّتي قطعت إضافة الحكم إلى المتسبب.مع الأخذ بعين الاعتبار أن قاعدة إضافة الحكم بالضمان إلى المباشر ليست مطلقة إنما يرد عليها استثناءات علَى ما سنرى.

بَعْدَ أن عرفنا ما للتفرقة بين المباشرة والتسبب من أهمية لا بد لنا من البحث عن المعيار الّذي استخدمه فقهاء المسلمين لتمييز فعل المباشرة عن التسبب ،ولما لم يكن أسلوب الفقهاء المسلمين وضع المعايير كان لا بد لنا من البحث عن هذا المعيار من خلال فروعهم الّتي نصوا عليها .

لقد اعتبر فقهاء المسلمين المباشرة بحكم العلة لذلك رتبوا الضمان عليها بلا شرط أما السبب فلأنه لا ينزل منزلة العلة فاشترطوا وصفاً آخر لتقويته ليتم إنزاله منزلة العلة الّتي يتوجب علَى وجودها ترتيب الحكم ألا وهو الضمان فقد ورد أن المباشرة هِيَ إيجاد علة الهلاك[١]، أي أن المباشر قد أوجد الفعل الّذي أدى إلى ضياع وتلف المال فهذه علة لا بد أن يترتب عليها حكمها وهو الضمان، وقد ورد أيضاً حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدي، لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلحق بالعلة ،وهذا الكلام في تبرير عدم ضمان من

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام جـ ٢، ص ١٥٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

عنها حتى توجد الشرائط وتنتفي الموانع أما العلة فلا يتراخى الحكم عنها إذا اشترط لها بل هيَ أوجبت معلولاً بالاتفاق[1] وهذا كلام الزركشي في حديثه عن العلة.

وقد قال الزركشي أيضاً إن أثر الفعل في الزهوق-أي زهوق الروح- وحَصّله فهو العلة كالقد والحز، وإن لم يؤثر في الزهوق ولكن أثر فيما يؤثر في حصوله فهو السبب كالإكراه وأيضاً والكلام للزركشي وإن تبين أن العلة فوق السبب صح الحكم بتقاصر رتبته عن المباشرة كما قرروه من أن المباشرة علة، والعلة أقوى من السبب، ومن نظائر المسألة لو أن رجلاً فتح زقاً بحضرة مالكه فخرج ما فيه والمالك يمكنه التدارك فلم يفعل ففي وجوب الضمان على الفاتح وجهان، ولو رآه يقتل عبده أو يحرق ثوبه فلم يمنعه مع قدرته عَلى المنع وجب الضمان وجهاً واحداً والفرق أن القتل والتحريق مباشرة وفتح الزق سبب والسبب قد يسقط حكمه مع القدرة عَلى منعه، بخلاف العلة لاستقلالها في نفسها[٢].

إذاً هذه أهمية التفرقة والتمييز بين المباشرة والتسبب لاختلاف كل منهما في حكمه أما المعيار الّذي يمكن إيجاده من هذه الفروع فهو بحسب ما ذكره الزركشي أنه إن أثر الفعل في أحداث الضرر بأن كان مما يترتب عليه بحسب طبيعة الأمور وجري العادة فنحن أمام مباشرة ومباشر وبالتالي تطبق عليها أحكامها أما إن كان الفعل بطبيعته لا يؤدي إلى حصول الضرر إنما يؤثر في حدوثه ولا يحدثه إذا هُوَ يحدث بفعل شيء أخر فنحن أمام تسبب ومتسبب،فبالتالي لا بد كي يترتب الحكم من وصف أخر غير التسبب ألا وهو

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، جـ٧، ص ١٤٧.

(٢) المرجع السابق، جـ ٧، ص ١٤٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- أن هذه التفرقة غير منضبطة وغير دقيقة وبعيدة عن المنطق كما أنها تؤدي إلي نتائج غريبة ومتناقضة[١] وضرب مثالاً أنه لو عثر رجل بحجر فوقع في بئر حفرها آخر ،فإذا كان الحجر وضعه إنسان علَى الطريق فالضمان علَى هذا الأخير لآن التردي بأثر فعله، أما إن كان الحجر لم يضعه أحد فالضمان علَى الحافر، ونحن لا نرى تناقضا في هذا الحكم لان واضع الحجر هُوَ المتسبب الأول فسواء وجدت الحفرة أم لم توجد فسيعثر هذا الماشي بالحجر ويقع لذلك عليه الضمان فالضرر هُوَ الّذي تسبب به، أما إذا لم يوجد واضع للحجر وعثر الماشي بحجر أو بغيره ووقع في الحفرة فان الضرر قد حدث بأثر فعل الحافر مضافاً إليه العثرة فلا بد لهذا المتسبب أن يضمن جزء أو كل الضرر.

ومن الأمثلة الّتي لم يقتنع بها المنتقدون وهي حالة قطع حبل معلق به قنديل فان تلف الحبل يعد مباشرة وسقوط القنديل يعد تسببا[٢] ونحن نقول إن هذا المثال من أفضل الأمثلة التي ينطبق عليهما معيار التفرقة بين المباشرة والتسبب فقطع الحبل بسكين أو نحوه هُوَ أثر مباشر للفعل أما سقوط القنديل فهو نتيجة أثر الفعل وهو القطع فهذا تسبب ثُمَّ من قال لهم أن القنديل قد وقع وانكسر ألا يمكن أن يقع القنديل علَى شيء به ليونة كفراش أو أرض ليست صلبة فبالتالي لا يكسر فهناك احتمال تخلف النتيجة لذلك كانت تسبباً. وما اختلاف الفقهاء المسلمين في بعض الأحيان علَى بعض الأفعال باعتبارها مباشرة أو تسبباً هُو فيَ مدى تقديرهم لاحتمال تخلف النتيجة عن الفعل وكان

---

(١) أبو الليل، المسئولية المدنية، ص ٣٥٥.

(٢) بدر اليعقوب، المسئولية عن استعمال الأشياء الخطرة، ص ٩٦، الزعبي، مسئولية المباشر والمتسبب ص ١٩٠.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للحق بلا قيد حتى ولو أحدث ضرراً إلا دعوة إلى الانفلات السائد في المجتمعات المادية ذات المذهب الحر فالفرد جزء من الجماعة مصلحته من مصلحتها، فيستعمل حقه بشرط عدم الإضرار بغيره لأنه لو أعفي من الضمان بحجة عدم التعدي للمباشر فما ذنب المضرور ليتحمل هذا الضرر .

وأخيراً فإننا نرى أن مجمل الانتقادات نبعت من فقهاء قانونيين نظروا إلى هذه القواعد الفقهية الإسلامية بنظر قانوني وهذا النظر لا يستقيم الحكم معه، حتى كتاباتهم الحديثة الّتي انتقدوا فيها لم يرجعوا إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي إنما نظروا إلى بعض المراجع الحديثة، ونختم بقولنا إن القوانين الوضعية الّتي أخذت بالخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية تحاول يوماً فيوماً الاقتراب من أحكام الفقه الإسلامي وما قواعد الخطأ المفترض وقيام مسئولية عديم التمييز إلا أمثلة على ذلك.

الفرع الثاني
اجتماع المباشر والمتسبب

لقد بحثنا سابقاً في حالة وقع الفعل من المباشر أو المتسبب، لكن ما هُوَ الحل لو اشترك المباشر والمتسبب في إحداث الضرر بمعنى أن شخصاً حفر حفرة وآخر ألقى غيره، أو توقف إنسان بسيارته فجأة وصدمه آخر، سوف نقوم في هذا الفرع بإيجاد الحل من خلال الحديث أولاً عن الوضع في الفقه الإسلامي ثُمَّ ثانياً في القانون المدني الأردني.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- هذا بالنسبة للقواعد في اجتماع المباشرة مع التسبب أما من التطبيقات الكثيرة في هذا المجال:

لو وقع إنسان في بئر حفرها غيره في الطريق كان الضمان علَى الحافر ولو دفعه غيره حتى وقع فيه كان الضمان علَى الدافع(١)، لا ضمان علَى من دل سارقاً علَى مال إنسان فسرقه(٢)، كذلك لو فتح أحد باب دار آخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان علَى السارق، وكذلك لو أمسك شخص بآخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان علَى السارق(٣)، هذه أشهر الأمثلة والدلالة فيها واضحة علَى أنه في حال اجتماع المباشر والمتسبب فإن الضمان علَى المباشر.

والحكمة من تضمين المباشر علَى ما ذكرنا في الفرع الأول من أن المباشرة في حكم العلة ولدى فقهاء المسلمين أن العلة مقدمة علَى السبب الّذي هو علة العلة أي أن المباشر هو الفاعل بالذات أما المتسبب فهو الفاعل للسبب المفضي للضرر(٤).

ولأنه كما ذكرنا ألحق فقهاء المسلمين المباشرة بالعلة والسبب يعد علة العلة فلذلك يختلف عنها فإضافة الحكم إلى الوصف الّذي يؤثر فيه وهو العلة، أولى من إضافته إلى السبب الّذي لا يؤثر في الحكم إنما يوصل إليه.

---

(١) السرخسي، المبسوط، جـ٢٦، ص ١٨٢، بدائع الصنائع جـ٧، ص ٢٧٥.

(٢) البغدادي، مجمع الضمانات ص ٢٠٣، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن السارق نبحث هنا عن مسئوليته عن الضمان، أما إذا كان لدلالته علَى المال مسئولية جزائية فهذه حالة أخرى.

(٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص ٩١.

(٤) المرجع السابق، ص ٩١، محمد صلاح حلمي أساس المسئولية التقصيرية ص ٢٣٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حمل السكين، أما من استطاع حملها وجرح بها نفسه فلا ضمان علَى الدافع لأن فعل الصبي معتبر وهو المباشر فيقدم علَى السبب[1].

- وقد قيل أن من قدم لغيره طعاماً مسموماً فإن كان يعلم أنه مسموم وأكل فلا ضمان علَى مقدمه لأنه تلف بفعل نفسه، أما إن كان لا يعلم ومات فيحال الحكم علَى مقدم الطعام الّذي هو المتسبب لأن حكم المباشرة سقط بالغرور[2].

٢- إن تعذر تضمين المباشر، وهذه الحالة إما لعدم معرفته أو لعدم إمكانية إضافة الضمان إليه ومن أمثلة ذلكَ:

- ما يحدث في حوادث السيارات فإن توقفت سيارة فجأة ونتيجة لوقوفها المفاجئ قامت سيارة ثانية بصدمها وحركتها فصدمت شخصاً وهرب سائق السيارة الثانية الّذي هو في حكم المباشر فالضمان علَى المتوقف سائق السيارة الأولى مع حقه في الرجوع علَى سائق السيارة الثانية حال معرفته.

- ومنها أيضاً إذا رش إنسان ماء في الطريق أو حفر بئراً فزلق بها إنسان فعطب فالضمان علَى حافر البئر أو من رش الماء إن لم يمكن للشخص الّذي وقع أن يتفاداه[3]، فهو بحكم المباشر لكن تعذر إضافة الضمان له، وكذلك إن لم يكن المباشر من أهل الوجوب كأن يقف أحد

---

(١) البغدادي، مجمع الضمانات ص ١٨٨.

(٢) جعفر بن الحسن الهذلي، شرائع الإسلام جـ ٤ ص ١٨٢، القواعد لابن رجب ص ٢٨٥. ابن المرتضى، البحر الزخار جـ٦ ص ٢١٦، محمد بن القاسم الرصاع شرح حدود ابن عرفة ص ٤٧٥، المواق ، التاج والإكليل لمختصر خليل جـ ٨ ص ٣٠٦.

(٣) مجمع الضمانات ص ١٧٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

شيء تحت يده حتى لو كان شخصاً آخر طالما إن هذا الشخص كان كالآلة بيده.

٤- إن كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر وكان المباشر معذوراً في اغتراره ومن أمثلة ذلكَ. إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره، فللمالك تضمين أيهما شاء، وإن لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فإن كان الغاصب قال له كله، فإنه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بان الضمان باق عليه وأنه لا يلزم الآكل شيء، وأن لم يقل ذلِكَ ففيه روايتان إحداهما يستقر الضمان عَلى الأكل، والثانية يستقر الضمان عَلى الغاصب لأنه غر الآكل[١] ومثاله أيضاً لو قال رجل لأهل السوق بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة ثُمَّ ظهر أنه ابن الغير رجعوا عَلى الرجل بما تضرروا[٢] .

إذاً خلاصة الموضوع أن الحالات الّتي يضمن فيها المتسبب مع وجود المباشر هي ما إذا كانت المباشرة مبنية عَلى التسبب أو تعذر تضمين المباشر أو كان التسبب بطريق الإكراه أو التغرير.

أما عن حالة اشتراك المباشر والمتسبب في الضمان فالقول فيها إن المباشرة مقدمة عَلى السبب لأن السبب لا يعمل بانفراده في تحقق الضرر، أما إن كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان في الضمان ومنها أن الراكب إن أمَرَ إنساناً فنخس المأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان[٣].

---

(١) ابن قدامه، المغني، جـ ٥، ص ١٧٠.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار عَلى الدر المختار جـ ٥ ص ١٤٤.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق في كنز الدقائق جـ ٦، ص ١٥٠.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لتضمين المباشر في هذه الحالة كما يلي (إنه إن اجتمع المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلك الشيء ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هُوَ لم يتبع بفعل فاعل آخر يضاف الحكم الّذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب) [(١)].

ولشرح هذه المادة فقد مثل المشرع بعدة أمثلة عليها في المذكرة الإيضاحية مثل إن حفر بئر في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في ذلكَ البئر ضمن الّذي ألقى ولا شيء على الحافر، وذلك لأن الحفر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط ولما كان الإلقاء هُوَ الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه وكل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الّذي وجد أخيراً منها[(٢)]. ومن هذا المثال أيضاً اتضح موقف المشرع من إضافة الحكم إلى المباشر ذلك أن فعله هو الذي أدى إلى النتيجة مباشرة وهناك أمثلة أخرى وردت في المذكرة الإيضاحية كلها تدور حول ذات النقطة مثل إن دل شخص لصاً على مال لآخر فسرقه فالضمان على السارق، ومنها أن لو فتح أحد باب غيره وفك فرسه فجاء لص فسرق الفرس فالضمان على السارق.

وهذا هُوَ أيضاً موقف القضاء الأردني حيث ورد في أحد أحكام محكمة التمييز الأردنية أنه إن اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر[(٣)]، وبهذا يكون القانون والقضاء الأردنيان قد أخذا بما هو مقرر في

---

(١) المذكرات الإيضاحية، جـ١ ص ٢٨٣.

(٢) المرجع السابق، جـ١ ص ٢٨٤.

(٣) تمييز حقوق ١٩٨٩/٩٨٨ تاريخ ١٩٨٩/١١/٢١ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وبعد أن اشترط الخطأ في فعل المباشر والمتسبب قال إنه إن تعدد الأشخاص الّذينَ حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم في مواجهة المضرور بتعويض كل الضرر وواضح أن هذا الحكم بعيد عن الفقه الإسلامي إذْ لا خطأ ولا تضامن في هذه الحالة في الفقه الإسلامي.

أما القانون المدني السوداني فعلى الرغم من أن المادة ٥/ت نصت على أنه في حال اجتماع المباشر والمتسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشر، إلا أنه وعند الحديث عن المسئولية عن الأعمال الشخصية وفي المادة ١٣٨ لم يفرق بين المباشر والمتسبب فنص على أن كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض فبالتالي وحسب هذا النص يمكن أن يضمن المباشر والمتسبب معاً لأن الضرر يمكن أن يحدث من فعليهم لأنه وكما سبق أن ذكرنا فإن القانون المدني السوداني قد نص على التفرقة بين المباشرة والتسبب في القواعد العامة لقانونه إلا أنه وعند الحديث عن المسئولية عن الأعمال الشخصية ساوى بين المباشرة والتسبب، ومما يؤخذ على القانون المدني السوداني أنه جعل المسئولين عن الفعل الضار متضامنين في مواجهة المضرور وكان ذلِكَ في المادة ١/١٥١ منه.

أما القانون المدني اليمني فإنه لم يأخذ بالتفرقة بين المباشرة والتسبب فبالتالي لم نجد النص لديه على اجتماعهما.

إذاً فإن القانون الأردني قد أخذ بالحكم الوارد بالفقه الإسلامي فيما يتعلق باجتماع المباشر والمتسبب، لكن وكما علمنا فإن فقهاء المسلمين لم يأخذوا بقاعدة اجتماع المباشرة والمتسبب على إطلاقها، إذ أنهم وضعوا مستثنيات على هذه القاعدة وهي أن المتسبب يضمن وحده في أحوال حتى مع اجتماعه مع المباشر، وأحياناً يشترك المتسبب والمباشر في الضمان، وسوف ننظر في موقف القانون المدني الأردني من هذه الاستثناءات.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الكهربائية الّتي أعقبت الملامسة فإن الحكم يترتب على المتسبب إعمالاً للمذكرة التفسيرية للمادة ٢٥٨)[١] والملاحظ على هذا الحكم أن المحكمة بنته على المذكرة الإيضاحية وتجاوزت نص القانون، كما أنها لم تبين لنا لماذا لم تضف الحكم إلى المباشر لأنه وكما هُوَ ظاهر من هذا الحكم أن المضرور قام بملامسة أسلاك الكهرباء وترتب على ذلِكَ و فاته أي أنه هُوَ الّذي قتل نفسه لأن أي شخص يعرف أن ملامسة أسلاك الكهرباء يترتب عليها الضرر ومن الملاحظ على هذا الحكم أيضاً أن المحكمة وبعد أن قررت أن المسئولية متعلقة بالتسبب عادت وفي ذات الحكم وبنت مسئولية شركة الكهرباء على أساس مسئولية حارس الأشياء حيث قالت إن الأسلاك المعراة والممتدة فوق منزل المدعيين تجعل الضرر عائداً إلى فعل تلك الأسلاك وبقلة احتراز من حارس الأسلاك ذاتها ويكون أي الحارس أو المتصرف ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر[٢]، وهذه الملاحظات الواردة على الحكم تجعلنا نستبعده من بناء حكم أو موقف لمحكمة التمييز عليه بسبب التناقض في بيان أساس مسئولية شركة الكهرباء.

وفي حكم آخر يشبه في موضوعه الحكم السابق قضت محكمة التمييز بالضمان على المباشر حيث قالت (إن قيام شركة الكهرباء بمد خط الضغط العالي فوق الشارع العام وفقاً للمعايير الفنية يجعل وفاة مورث المميز ضدهم نتيجة رفعه ماسورة حديدية بطول ستة أمتار حيث لامست أسلاك خط الضغط العالي مما أدى إلى صعقة بالتيار الكهربائي ووفاته نتيجة لفعله ومباشرته وليس بفعل شركة الكهرباء... وفقاً لحكم المادة ٢٥٨ من

(١) تمييز حقوق ٢٠٠٢/١٩٧٩ تاريخ ٢٠٠٢/٨/٢١ منشورات مركز عدالة.

(٢) الحكم السابق الإشارة إليه.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الغرر في المادة ٢٥٩ (إن غر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلكَ الغرر)، ومن أمثلة الغرر كما ذكرت المذكرة الإيضاحية لو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بايعوه فإنني آذنته بالتجارة، ثُمَّ ظهر بَعْدَ ذلكَ أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة الّتي باعوها للصبي وبالتعويض عن الإضرار الأخرى[١].

وقد فرق القانون في مذكرته الإيضاحية بين التغرير القولي والتغرير الفعلي فرتب الضمان على التغرير الفعلي واعتبر الغار متسبباً ورتب بحقه أحكام وشروط الضمان بالنسبة للمتسبب، أما إن كان التغرير قولياً فلم يرتب الضمان بحق الغار إلا أن يتعهد الغار بالضمان كأن يقول لأحد الأشخاص اسلك هذا الطريق فإنه آمن ففي هذه الحالة لا يضمن لأن المغرور كان لديه فرصة التبصر والبحث والتحقق من هذا الكلام أما لو قال له أسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن لم يكن آمناً فأنا ضامن فإنه يضمن في هذه الحالة[٢]، ونحن نؤيد ما ذهب إليه القانون الأردني .

أما فيما يتعلق بالإكراه فقد نص عليه القانون في المادة ١/٢٦٣ حيث قال (يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً على أن الإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هُوَ الإكراه الملجئ وحده) هذا وقد فرق القانون الأردني بين الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ، فالأول هُوَ التهديد بخطر جسيم محدق بالجسم أو المال، أما التهديد بأي شيء آخر فيعد الإكراه غير ملجئ، والإكراه الملجئ يعدم الرضى ويفسد الاختيار، أما غير الملجئ فيعدم الرضى ولا يفسد الاختيار[٣]، وقد أحسن أيضاً المشرع بهذا النص حيث أن

---

(١) المذكرة الإيضاحية، جـ١ ص ٢٨٥.

(٢) المرجع السابق، جـ ١ص ٢٨٦.

(٣) المواد ١٣٦، ١٣٨ من القانون المدني الأردني.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

نص مقترح:

١- إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر مع مراعاة الفقرات التالية.

٢- على الرغم مما سبق فإن المتسبب هُوَ المسئول عن الضمان في حال اجتماعه مع المباشر إن كانت المباشرة مبنية على التسبب أو كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر أو إكراهه إكراها ملجئاً أو تعذر تضمين المباشر.

٣- أما إن كان التسبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيشترك المباشر والمتسبب بالضمان.

ونحن نرى بأنه وبهذا النص يصبح القانون الأردني موافقاً للفقه الإسلامي موافقة تامة، لأنه وحسب النصوص الحالية فإن المتسبب إن تعمد الإتلاف أو كانت المباشرة مبنية على التسبب فإن المتسبب لا يضمن إن وُجِدَ مباشر في الموضوع، لكن بهذا النص المقترح فإننا نضمن أن يكون المباشر ضامناً دائماً في حال اجتماعه مع المتسبب وفي نفس الوقت فلم نغفل كل الاستثناءات الّتي عالجها فقهاء المسلمين.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن من توصلوا أو قرروا[١]، التعدي كشرط للضمان في حالة المباشرة والتسبب أخذوا ذلك سبباً لمطالبتهم بإلغاء التفرقة بين المباشرة والمتسبب وعدم النص عليها، أو حتى عند النص عليها فإنه في حال اجتماع المباشر والمتسبب فيضمن المتعدي منهما وهذا ما ذهب إليه القانون العراقي في المادة ٢/١٨٦ منه، ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه هؤلاء وذلك لأننا أثبتنا أن الفقه الإسلامي على اشتراط التعدي في التسبب

---

(١) الزعبي، مسئولية المباشر والمتسبب، ص ٢٠٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

مفهوم ركن الخطأ في القانون المدني المصري مقارنة بالفعل الضار بالقانون المدني الأردني

تمهيد وتقسيم

كما كان القانون المدني الأردني رائداً في تنظيم الفعل الضار حسب أحكام المباشرة والتسبب، فإن القانون المدني المصري له الريادة بين الدول العربية فيعد من أول إن لم يكن الأول في وضع قانون مدني خاص به أو بمعنى آخر في وضع قانون مدني جديد وقد كان هذا القانون الأساس الّذي أخذت منه القوانين العربية الأخرى مثل القانون السوري، والقانون المصري وضع عنواناً للمسئولية التقصيرية (المسئولية عن العمل غير المشروع)، وقد أقام القانون المصري المسئولية عن الأعمال الشخصية على الخطأ واجب الإثبات[1]. فقد نص في المادة ١٦٣ (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض). وهذا على خلاف القانون المدني الأردني الّذي تحدث عن الفعل الضار أو الإضرار لذلك لابد أن نبحث في تعريف الخطأ وأركانه، ومن ثُمَّ نتحدث عن محاولات توسيع مفهوم الخطأ وأخيراً نتحدث في أوجه الاختلاف والشبه بين القانون الأردني والمصري.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مطبعة دار الكتاب المصري، الجزء الثاني، ص ٣٥٠.

قالت أنه يشمل الفعل الإيجابي والسلبي وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد[١].

أما عن تعريف الخطأ لدى فقهاء القانون فإن هذه المسألة من أكثر المسائل الّتي وجدت خلافاً بين فقهاء القانون المصري متبعين في ذلك الخلاف الّذي دار بين فقهاء القانون الفرنسي[٢]. هذا ويعرف الأستاذ السنهوري الخطأ بأنه إخلال بالتزام قانوني وقد توصل إلى هنا التعريف بَعْدَ أن انتقد كل تعريفات فقهاء القانون الفرنسي[٣]، وقد عرفه د. عبد الحي حجازي بأنه انحراف الشخص في سلوكه مع إدراكه لهذا الانحراف[٤] وقريب من هذا التعريف د. محمود جمال الدين زكي حيث قال أن الخطأ التقصيري انحراف في السلوك، لا يأتيه الرجل العادي إن وجد في الظروف العادية الّتي أحاطت بمن أحدث الضرر[٥]، أما د. سليمان مرقس فقد أضاف إلى تعريف السنهوري الّذي هُوَ بالأصل لبلانيول شرط التمييز فأصبح تعريف الخطأ عنده إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه[٦]،

(١) المرجع السابق، جـ ٢، ص ٣٥٤.

(٢) راجع تعريفات فقهاء القانون الفرنسي للخطأ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر المسئولية المدنية للطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٧٦ ص، ١٣٥ وما بعدها.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني دار النهضة العربية، القاهرة، جـ ١ ص ٧٧٨.

(٤) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤ ص ٤٤٤.

(٥) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦ ص ٤٦٧.

(٦) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني المجلد الأول الطبعة الخامسة ١٩٩٢، ص١٨٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ذلكَ أن مقارنة تعريف الخطأ عند القانونيين وتعريف التعدي عند الشرعيين نجد هؤلاء قد اتفقوا على تعريف التعدي موضوعاً وتباينت تعابيرهم اللفظية في تعريف التعدي[1]. والسبب في ذلكَ أنهم استعملوا الكلمة الّتي يقترب معناها اللغوي من المعنى الاصطلاحي، أما فيما يتعلق بالخطأ فإن المعنى الاصطلاحي فيه بعْدَ عن المعنى اللغوي[2]، لذلك فإننا نقترح تعديل المادة ١٦٣ من القانون المصري بتغيير كلمة الخطأ إلى كلمة أخرى تفيد المقصود منها ونقترح أن تكون التعدي، وفصل الإدراك أو التمييز من التعريف وجعله – شرطاً لقيام المسئولية بَعْدَ توافر التعدي– هذا إن قرر المشرع المصري الإبقاء على عدم مسئولية عديم التمييز، كأصل في القانون ومما يؤيد وجهة نظرنا هذه أن معظم إن لم يكن كل من بحثوا في أركان الخطأ تحدثوا في الركن المادي عن التعدي. وبالتالي فإن النص المقترح كبديل للفقرة الأولى من المادة ١٦٤ سوف يكون كما يلي:

(كل تعدٍ غير مشروع سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه التعويض).

وقد قيدنا التعدي بكلمة غير مشروع حتى يخرج من المسئولية كل الأحوال الّتي يعد فيها التعدي مشروعاً، مثل استخدام الحق أو حالة الدفاع الشرعي، والمادة ١٦٤ في فقرتها الثانية تصبح:

(يكون الشخص مسئولاً عن تعديه غير المشروع متى صدر منه وهو مميز). مع أننا نرى ضرورة قيام المسئولية في التمييز وعدمه على ما سنرى.

---

(١) راجع في تعريف التعدي ما سبق ص٨٠

(٢) من هذا الرأي محمد فوزي فيض الله المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ص١٩٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

انحراف عن سلوكه المعتاد فإن كان شخصاً شديدَ الحرص وعلى درجة كبيرة من اليقظة، فإن أقل انحرافٍ بارزٍ لابد أن يظهر حتى يعد سلوكه انحرافاً،وهذا المعيار وان كان عادلاً للمتعدي فانه لا يحقق عدالة للمضرور ولا للمجتمع فهو معيار ينفع إذا كان الإنسان يعيش بمفرده وبمعزل عن الناس لكن طالما أنه يعيش في المجتمع وكما هُوَ معلوم فإن القانون أحد الظواهر الاجتماعية ويحكم سلوك الأفراد في المجتمع فإن الانحراف لابد أن يقاس حسب سلوك المتعارف عليه في المجتمع فيجب أن يقاس قياساً موضوعياً، أضف إلى ذلِكَ صعوبة معرفة سلوك الإنسان المتعدي إذ أن هذه مسألة خاصة به ويصعب على القاضي تبينها فهو معيار غير منضبط. وفي انتقاد هذا المعيار يقول الأستاذ السنهوري بَعْدَ أن رأى عدم انضباط المعيار الشخصي (فما ذنب ضحية هذا الانحراف؟ وما الّذي يعنيه - وقد حاق به الضرر- من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادي أو دون هذا المستوى وهل التعويض جزاء جنائي ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة فيصيب المجرم في نفسه قبل أن يصيبه في ماله؟ أو هُوَ جزاء مدني ينظر فيه إلى التعدي قبل أن ينظر إلى المتعدي فيصيب المسئول في ماله قبل أن يصيبه في نفسه؟ لاشك في أن التعويض جزاء مدني لا عقوبة جنائية)[١]. وكأني بالأستاذ السنهوري يتحدث بقاعدة الجوابر والزواجر[٢]، الّتي تحدث بها فقهاء المسلمين حيث أنهم يعدون قواعد الضمان من الجوابر أي أنها شرعت لجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده فالضمان مشروع مع العمد والخطأ والإهمال والنسيان ولا فرق فيه بين عامد أو مخطئ أو ذاكر أو ناسي أو كبيرٍ أو صغيرٍ، لذلك فمعياره في

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ص ٧٨٠.

(٢) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام جـ ١، ص ١٧٨، الفروق جـ ١، ص ٢١٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إن كان عصبي المزاج أو لم يتعود إجراء عمليات جراحية فالرجل العادي هنا طبيب عادي ملم بمهنته يقوم بالإجراءات الطبية بحسب ما هُوَ متعارف عليه ويؤخذ بالحسبان المكان الّذي يمارس به الطبيب عمله الجراحي مثلاً فغرفة العمليات في مستشفى صغير في الأرياف لن تكون مجهزة كغرفة أخرى في مستشفى كبير في إحدى المدن الرئيسية، ويعول أيضاً على الزمان الّذي يقوم به الطبيب بعمله إن كان ليلاً أو نهاراً مثلاً أو في زمان تكون فيه حالات مرضية كثيرة كحرب أو حادث كبير أو زمان لا يعالج فيه إلا مريضاً واحداً.

إذا الخلاصة في هذا الموضوع أن مقياس التعدي هُوَ مقياس موضوعي بحت يقاس فيه السلوك وليس صاحبه بحسب السلوك المتعارف عليه في المجتمع، دون النظر لا إلى شخص صاحب السلوك ولا إلى سلوك الشخص الّذي يراد القياس به فالرجل المعتاد هو رجل وهمي لا وجود له في الواقع إنما الّذي يبحث عنه هُوَ ما تعارف عليه الناس من سلوك بمعنى آخر فإن التعدي هُوَ التجاوز عن الحدود المتعارف عليها بين الناس فمن يقوم بإزعاج الناس ليلاً بإقامة حفلة بَعْدَ منتصف الليل في حي سكني يعد متجاوزاً لأن الناس قد تعارفوا على انتهاء الحفلات عند العاشرة أو الحادية عشرة، ولا يعد هذا الشخص متجاوزاً لو أقام هذه الحفلة في مكان تقام فيه مثل هذه الحفلات حتى ولو سهر حتى الفجر، وبهذا المعيار يقترب مفهوم التعدي لدى القانونيين من مفهومه لدى الشرعيين(١)، فالتعدي في الفقه الإسلامي هُوَ مجاوزة ما ينبغي أن يكون عليه الحد شرعاً وعرفاً وكل تجاوز عن هذه الحدود أو عدم الوصول إلى الحد الواجب الوصول إليه يعد تعدياً بنظر الشرع كما يعد كذلك بنظر القانون أيضاً وقد رأينا أن الفقه الإسلامي لا ينظر

---

(١) انظر في التعدي في الفقه الإسلامي ما سبق صفحة ٨٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- **الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي**

الخطأ الإيجابي يقع في الحالة الّتي يصدر فيها عن الشخص فعل، كالضرب أو القتل أو الشتم ففي هذه الحالات وغيرها لا لُبس ولا خلاف علَى قيام المسئولية لأن هناك فعلاً ظاهراً صدر من المسئول وهذا الفعل هو الّذي أدى إلى حدوث الضرر وقد قام الأستاذ مصطفى مرعي(١) بحصر أفعال التعدي أو الخطأ الإيجابي في خمسة صور ونحن نوافقه في هذه الصور إن كان القصد من إيرادها ضرب الأمثلة ولا نتفق معه إن كان القصد من ذكرها حصر حالات الخطأ الإيجابي، لأن هذه الحالات لا تقع تحت حصر فهي تختلف وتتنوع باختلاف وتنوع الحياة وتطورها، إنما يمكن حصر الأخطاء الإيجابية في مجال القانون الجنائي لأن هذا القانون تحكم الجرائم فيه القاعدة الشهيرة بان لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أما في مجال المسئولية المدنية فكل انحراف مهما كان شكله أو اسمه يعد خطأ موجباً للمسئولية، وعليه فإن الخطأ المدني هو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد وقد لا يكون هذا الانحراف منصوصاً عليه في القانون، أما الخطأ الجنائي فهو مخالفة نص قانون جنائي مما يترتب عليه قيام المسئولية الجنائية وهذا الخطأ الجنائي يولد المسئولية الجنائية لأنه من حق المجتمع ويولد بالضرورة المسئولية المدنية إن كان فيه مساس بالحقوق الخاصة، وليس بالضرورة أن يعد الخطأ المدني خطأ جنائياً لأن المسئولية المدنية قد تقوم علَى الرغم من عدم قيام المسئولية الجنائية.

---

(١) مصطفى مرعي، المسئولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى ١٩٣٦، ص٣٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

خلاصة الموضوع أن فقهاء القانون تحدثوا عن الركن المادي للخطأ وعبروا عنه بالتعدي والرأي الراجح في هذا الركن انه يقاس بمقياس موضوعي استناداً إلى معيار الرجل المعتاد ويعد تعدياً العمد والخطأ غير العمد و الإهمال والفعل الإيجابي والسلبي، ويعد هذا الركن أهم أركان الخطأ لأن مسألة الإدراك ليست مطلقة فقد لا يطلب الإدراك والتمييز في بعض الحالات، وفي هذا الركن يقترب الفقه القانوني من الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بالتعدي الّذي هُوَ شرط مسئولية المتسبب، و لم يعرف القانون المصري الإضرار بالمباشرة لأنه لم يأخذ بالمباشرة والتسبب، إذا الركن المادي للخطأ يشبه شرط التعدي في الفقه الإسلامي هذا بالنسبة للركن الأول وهو الركن المادي وسوف نتحدث الآن عن الركن الثاني للخطأ وهو الركن المعنوي، الإدراك والتمييز.

ثانياً: الركن الثاني: الركن المعنوي الإدراك والتمييز

لقد نص القانون المصري صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ على أن الشخص لا يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة إلا إن كان مميزاً. وأول ما يلاحظ على صياغة هذه المادة أن القانون المصري قد خالف الصياغة في المادة الّتي سبقتها والتي قررت القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية حيث أنه استخدم لفظ الخطأ لكنه في المادة ١٦٤ وفي الفقرة الأولى استخدم لفظ العمل غير المشروع ولا نعلم ما هُوَ سبب عدم المشروعية الّذي يقصده القانون هل هُوَ الخطأ أم هُوَ عدم مشروعية الفعل لمنع القانون القيام به أو هُوَ عدم مشروعية الفعل بالنظر إلى نتائجه فكان الأولى بالقانون أن يوحد المصطلحات ويستخدم لفظ الخطأ بحيث يكون النص يكون الشخص مسئولاً عن أخطائه متى صدرت منه وهو مميز مع الأخذ

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إلى الوراء وليس إلى الأمام كما يقول الأستاذ السنهوري[1] لأن القوانين نفسها ذات الاتجاه الشخصي لم تستطع أن تطبق هذا المذهب. بشكل مطلق إنما تنازلت عنه، وما مساءلة عديم التمييز في أحوال استثنائية والمسئوليات المفترضة إلا دليل على ذلك، وكيف لا نتصور وقوع خطأ من عديم التمييز وهو الخطأ واجب الإثبات ونتصور افتراض الخطأ بحقه في مسئوليته عن تابعيه أو عن الأشياء الّتي تحت حراسته، فإن كان الهدف إعفاء عديم التمييز فالأولى إعفاؤه من افتراض الخطأ الّذي لا يكون قد وقع، أفضل من إعفائه من الخطأ الواقع فعلاً، وطالما نتحدث عن معيار موضوعي للتعدي مقياسه الرجل المعتاد والتصرف المألوف في المجتمع فكيف لا يتصور وقوع فعل من عديم التمييز فيه انحراف عن هذا السلوك المعتاد طالما البحث عن الفعل وليس الفاعل.

وعلى الرغم من أن القاعدة العامة في القانون المدني المصري عدم مساءلة عديم التمييز فإن الأخذ بهذه المسألة على إطلاقها قد يؤدي إلى إجحاف بحق المضرور لذلك فقد قرر القانون المصري في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ أن عديم التمييز يكون مسئولاً عن الضرر الّذي يحدثه للغير إن لم يكن هناك من هُوَ مسئول عن عديم التمييز الّذي أوقع الضرر أو لم يتمكن المضرور من تحصيل التعويض من هذا المسئول وتوصف مسئولية عديم التمييز في ظل القانون المدني المصري بأنها مسئولية استثنائية على خلاف القاعدة العامة الّتي تقضي بعدم المسئولية وهي مسئولية جوازيه للقاضي بمعنى أنه يحق له الحكم أو عدم الحكم في حال عدم وجود مسئول آخر عن التعويض،و هِيَ مسئولية مخففة فالقاضي له أن لا يحكم بتعويض كامل إنما تعويض عادل.

---

(١) المرجع السابق، جـ ١ ص ٧٩٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

على تعويض إذا لم يكن المسئول مخطئاً فهو بالتالي نظر في الجانب الأخلاقي في عدم تحميل الشخص أية مسئولية إن لم يصدر منه خطأ على الرغم من أن الفعل الضار قد صدر منه، وترك المضرور الّذي أصيب في نفسه أو ماله والذي لا ذنب له في تحمل هذه الخسارة أو الضرر تركه بلا أية وسيلة قانونية يمكنه معها الحصول على تعويض، ولكنه وفي إطار المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء[1] عاد للوقف إلى جانبه بتقرير بعض القواعد الّتي تساعده في الحصول على التعويض.

فهو في مسئولية متولي الرقابة[2] نقل عبء الإثبات على متولي الرقابة وطلب من المضرور فقط إثبات العمل غير المشروع الصادر ممن هُوَ تحت الرقابة والذي أدى إلى حدوث الضرر وترك على عاتق متولي الرقابة دفع المسئولية عن طريق إثبات أنه قام بالرقابة المطلوبة منه.

أما في مسئولية المتبوع[3] عن أعمال التابع فجعل المتبوع مسئولاً عن عمل تابعه دون الحاجة إلى إثبات خطأ المتبوع من قبل المضرور.

وجاء أقصى ما يمكن أن يحققه القانون للمضرور في المسئولية عن الأشياء الحية[4] وغير الحية بافتراض الخطأ في جانب الحارس بحيث أن المضرور يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الشيء الحي أو غير الحي وأن هذا الشيء كان في حراسة أحد الأشخاص فتقوم بالتالي مسئولية الحارس عن هذا

---

(١) سوف نعود للحديث عن هذه المسئوليات مقارنه بالفقه الإسلامي والقانون الأردني في الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٢) المادة ١٧٣، القانون المدني المصري.

(٣) المادة ١٧٤، القانون المدني المصري.

(٤) المادتين ١٧٦، ١٧٨ من القانون المدني المصري.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الأولى بلا قيد ولا شرط بينما اشترط التعدي في التسبب ووجدنا أن تعريف المباشرة والتسبب وكل المصطلحات المرافقة لهما كالتعدي منضبطة ولم تقع الخلافات الجوهرية بين الفقهاء سواء على التعريفات أو على النظرية العامة للضمان وإن حدثت خلافات فكانت في الفروع المنبثقة عن القواعد العامة ومرد هذه الخلافات الاختلاف في تقدير وجود مسائل من عدمها[1]. وكذلك وجدنا الفقه الإسلامي ومن بعده القانون المدني الأردني قد سار على نهج واحد في أحكام الضمان متبنياً النزعة الموضوعية في إقامة المسئولية على الضرر لذلك وجدناه قد ساير هذه القاعدة ولم يحتجْ إلى استثناءات عن هذه القاعدة، فتقررت مسئولية عديم التمييز كمسئولية أصلية في جميع الأحوال.

أما في القانون المدني المصري فقد أقام هذا القانون المسئولية على الخطأ أي أنه نحا المنحى الشخصي ووجدنا خلافاً في تحديد مفهوم الخطأ، وعند الحديث عن أركان الخطأ وجدنا القانون المصري يحاول الاقتراب من الفقه الإسلامي في جزء منه وفيما يتعلق بمسئولية المتسبب حيث أن التعدي مشترط لضمان المتسبب وعلى الرغم من اشتراط الإدراك والتمييز كركن ثانٍ في الخطأ إلا أن المشرع المصري اضطر إلى وضع استثناء من هذه القاعدة وحمل عديم التمييز المسئولية بشروط معينة وهذا يعد أقرب إلى المسئولية الموضوعية منه إلى الشخصية، كما أن القانون المصري لم يسر على نهج واحد في أحكام المسئولية فاعتبر المسئولية أحياناً قائمة على خطأ واجب الإثبات وفي أحيان أخرى قائمة على خطأ مفترض يقبل إثبات العكس وفي أحوال أخرى قائمة على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس.

---

(١) راجع ص٧٨ ، ومن أمثلة ذلك فتح قفص الطائر أو حل القيد فكان الخلاف في الضمان في مدى تقدير مدى احتمالية تخلف الضرر عن الفعل أو عدم تخلفه.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني
الضرر الموجب للضمان

تمهيد وتقسيم

بَعْدَ أن تحدثنا في الفصل الأول عن شروط الفعل أو الإضرار وكيفية وقوعه، فلا يكفي ذلكَ الفعل لقيام المسئولية إذ لابد أن ينتج عنه ضرر، وهذا من الأشياء الّتي أصبحت معلومة لدى الجميع بالضرورة فلا ضمان أو تعويض بلا ضرر حتى لو أن هناك فعلاً صدر من شخص ما. فركن الضرر لا يقل أهمية عن الفعل بل هُوَ مرتبط به فلا ضمان بلا ضرر ناتج عن فعل، فالفعل وحده بلا ضرر لا يرتب الضمان والضرر بلا فاعل أيضاً لا ضمان، والضرر هُوَ الغاية أو السبب الّذي شرع الضمان لأجله، فقواعد الضمان في الفقه الإسلامي وقواعد المسئولية في القانون إنما وجدت لمساعدة المضرور كي يتمكن من الحصول على جبر للضرر.

وقبل أن نتحدث في أنواع الضرر لابد لنا أن نعرفه وسوف نقوم بتعريفه في الفقه الإسلامي أولاً، ثُمَّ في القانون المدني الأردني، ثُمَّ في القانون المدني المصري. وقبل ذلكَ كله نقف على تعريفه لغةً.

أولاً: تعريف الضرر لغةً

الضر لغةً بالضم أو بالفتح ضد النفع وهو النقصان يدخل في الشيء[1]، وقد قيل كل ما كان سوء حال وفقر وشدة بدن فهو ضر بالضم وما كان ضد النفع فهو بفتحها[2].

---

(١) الفيروز أبادي، القاموس المحيط مادة ضرر.

(٢) الفيومي، المصباح المنير في شرح غريب الأثر، ص ٣٦٠.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بحديث لا ضرر ولا ضرار[1]، وقد وجدنا تعريفاً للضرر في نظام التأمين الإلزامي من المسئولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات[2]، حيث ورد أن الضرر هوَ الوفاة أو أي إصابة جسمانية تلحق بالغير أو أي أضرار معنوية ناجمة عنها والخسائر والإضرار الّتي تلحق بممتلكات الغير بسبب حادث ناتج عن استخدام مركبة وقد ورد تعريف لكل نوع من الإضرار في هذا النظام.

ولم نجد تعريفاً صريحاً للضرر في قرارات محكمة التمييز الأردنية إنما كان حديثها عن صور الضرر وسوف نذكر بعض هذه الأحكام عند الحديث عن شروط وصور الضرر.

وقد وردت بعض التعريفات على لسان من شرحوا القانون الأردني حيث ذكروا أن الضرر ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه المشروعة سواء تعلقت هذه المصلحة بسلامة جسده أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه واعتباره[3].

رابعاً: تعريف الضرر في القانون المدني المصري

كذلك لم يرد تعريف للضرر في القانون المدني المصري وقد عرفه فقهاء القانون المصري بأنه الأذى الّذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله

---

(١) المذكرات الإيضاحية، جـ ١ص ٢٧٤.

(٢) نظام رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ٢٠٤٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٩ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٥/٣١.

(٣) د. أمجد منصور، النظرية العامة في الالتزامات، ص ٢٨٣، عدنان السرحان، ونوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية ص ٤٠٩، حسن ذنون ومحمد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ص ٢٦٤، د.عبد العزيز اللصاصمة، المسئولية المدنية التقصيرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان ٢٠٠٢ ص٦٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول

الضرر المادي

كما تحدثنا عن تعريف الضرر فسنبحث في الضرر المادي في الفقه الإسلامي أولاً ثُمَّ في القانون المدني الأردني ثانياً وأخيراً في القانون المدني المصري.

المطلب الأول

الضرر المادي في الفقه الإسلامي

لقد قسم فقهاء المسلمين الضرر إلى نوعين، فتحدثوا في الضرر المادي المالي وهو الّذي يصيب الإنسان في ماله أما إذا كان محل الضرر جسم الإنسان فإنه ضرر مادي جسدي(١).

الفرع الأول

الضرر المادي المالي

الضرر المادي المالي هُوَ إلحاق مفسدة بمال الغير فهو الّذي يصيب الإنسان في ماله ومن خلال مطالعة الكتب الفقهية يمكن أن نجمل شروط الضرر المادي المالي الّذي يوجب الضمان في الفقه الإسلامي بأنه لابد أن يصيب مالاً مملوكاً ومتقوماً ولابد أن يكون هذا الضرر محققاً(٢).

١- أن يقع الضرر على مال مملوك

والمقصود بالمال المملوك المال الّذي تعود ملكيته لأحد الأشخاص ولا يشترط معرفة المتلف أنه مملوك لغيره فالجهل بالملكية لا يعفي من

---

(١) الخفيف، الضمان ص ٤٦، محمد فوزي فيض الله، المسئولية التقصيرية ص ١١٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع جـ٧، ص ١٦٧-١٦٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومن أمثلة ذلك:

ورد في المبسوط أن المنافع لا تأخذ حكم المالية إلا بالعقد[١]، وقد ورد أيضاً والمنافع بقبض الدار لم تدخل في ضمانه[٢]، وقد ورد أيضاً أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى ولو كان منفعة لا يجب الضمان، لأن الأصل أن المنافع غير مضمونة بالإتلاف عندنا[٣] والأصل في المنافع ألا تكون مضمونة بالإتلاف[٤].

أما من المذاهب الأخرى فقد ورد أن المنافع كالأعيان في الضمان[٥]، وورد لتلف المنافع تحت يده باختياره فاستقر الضمان[٦] ولأن الأصل ضمان المنافع[٧]، فحكمه الضمان مطلقاً وبالأعيان والمنافع[٨]. فالغاصب له قد حبس منافعه فلزمه ضمانه[٩]، لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فعليه ضمانها[١٠].

---

(١) السرخسي، المبسوط جـ ١١، ص ٢٧، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع جـ ٦، ص ٧٦.

(٢) السرخسي، المبسوط جـ ١٥، ص ١٣٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع جـ٦، ص ٢٨٥، الزيلعي، تبين الحقائق جـ٤، ص ٢٤٧.

(٤) المرجع السابق، جـ٧، ص ٢١٩.

(٥) ابن المرتضى، البحر الزخار جـ٥، ص ٤٠.

(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات جـ٢، ص ٢٧٤، كشاف القناع جـ٤، ص ٤٢، الريحباني، مطالب أولى النهى جـ٣ ص ٦٨٨.

(٧) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، جـ ٢، ص٢٩٥.

(٨) حاشيتا قليبوبي وعميرة، جـ٢، ص ٣٤٣.

(٩) المنتقى، شرح الموطأ، جـ٥، ص ٢٧٣.

(١٠) ابن قدامة، المغني جـ٥، ص ١٧٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يظهرونه، وجملة ذلكَ أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي[1].

أما الإمامية ففرقوا بينما إذا أظهر الذمي الخمر وأتلفه المسلم أو كان مستتراً وأتلفه له المسلم فلم يوجب الضمان في الأول وأوجبوه في الثاني، ومنه قولهم لو أتلف لذمي خمراً أو آلة لهو ضمنها المتلف ولو كان مسلماً ويشترط في الضمان الاستتار ولو أظهرها الذمي لم يضمن المتلف[2].

أما الحنفية والمالكية فيرون في الخمر والخنزير مالاً متقوماً في حق الذميين لذلك يرون فيه الضمان ومنه قولهم أن مسلماً كسر دناً من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه نأخذ فإن الخمر مال متقوم عندنا في حقهم، وأن أتلفها لمسلم لا يضمن، ولو غصب خمراً من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه لأن الخمر ليس بمال متقوم[3].

ومن الأمثلة على تقوم المال أو عدم تقومه لدى فقهاء المسلمين، أن الكلب الّذي يتخذ في الدور إن قتله أحد الأشخاص فلا ضمان لأنه لا يجوز اتخاذه، أما إن كان الكلب للزرع أو الماشية أو الصيد فعلى من يقتله الضمان لأنه يجوز الانتفاع بالكلب في هذه الأوجه[4]، ومن كسر إناء فضة أو إناء ذهب فلا شيء عليه لأن اتخاذها محرم[5].

---

(١) ابن قدامة، المغني، جـ ٥، ص١٧٣.

(٢) المحقق الحلي ، شرائع الإسلام جـ ٤، ص٢٦٩.

(٣) السرخسي، المبسوط جـ١١ص٥٣ وجـ١١ص٩٦، الزيلعي نصب الراية جـ٥ص٤١٤، البابرتي، العناية جـ٩ص٣٥٨، ابن الهمام، فتح القدير جـ٩ص٢٥٨، الباجي، المنتقى شرح الموطأ جـ٣ص١١٨.

(٤) مالك بن أنس، المدونة جـ١ص٥٥٢.

(٥) ابن حزم، المحلي بالآثار جـ٦ص٤٤٦ المغني جـ٥ص١٧٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بتفويت الفرصة فيمكن لهذه القواعد أن تشمله ويجوز ضمانه طالما أنه ضرر وقع فعلاً بالفرصة الّتي ضاعت.

أما الضرر الاحتمالي وهو الّذي لم يقع إنما هناك احتمالية لوقوعه فهذا النوع من الضرر أيضاً لم يتعرض له فقهاء المسلمين، والرأي عندي فيه أنه لا يجوز ضمانه إلا أن يتحقق وقوعه، ومثاله من احدث ضرراً لبضاعة أحد الأشخاص فإن الضرر الواقع بها مضمون أما احتمالية أن السلطات مثلاً قد لا تعطيه تصريح أو ترخيص بسبب الضرر الّذي أصاب البضاعة فلا ضمان على هذه المسألة إلا أن تمتنع السلطات فعلاً عن منح الترخيص أما احتمالية عدم منحه فلا يجوز الضمان، لأن ذلك يتنافى مع علة الضمان القائم على جبر الضرر، ففي الضرر الاحتمالي لم يقع الضرر بَعْدَ فلم تتحقق العلة وهي الضمان.

هذا عن الإضرار المادية في الفقه الإسلامي أما الضرر المادي الجسماني فهذا ما سوف نتحدث عنه الآن.

الفرع الثاني

الضرر المادي الجسماني

لقد فرق فقهاء المسلمين بين الضرر الّذي يصيب الإنسان في ماله والضرر الّذي يصيب الإنسان في جسده وتحدثوا في الضرر الواقع على الإنسان في أبواب الجنايات أما الضرر الواقع على المال فتحدثوا فيه في أبواب الإتلافات والغصب. ومرد التفرقة أو بحث هذين الموضوعين في أماكن متفرقة هُوَ في الجزاء المترتب على كل نوع إذ أن الواجب في إتلاف المال هُوَ ضمان مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً أما الواجب في

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مطلق وفي تقدير الضمان أو التعويض فإن كلا القانونين تحدثا عن ما يشمله التعويض أو الضمان وهُوَ الخسارة الواقعة أو الضرر الواقع والكسب الفائت[1]. وما انفرد به القانون المدني الأردني عن المصري هُوَ أن الأول أفرد مادتين هما ٢٧٣ و ٢٧٤ للحديث عن الإضرار الواقعة على النفس والمواد الّتي تليها للحديث عن إتلاف المال، بينما لم يفرق القانون المصري بين الضرر الواقع على النفس أو المال، وسوف نتحدث أولاً عن الشروط العامة للضرر المادي ثُمَّ نتحدث عن ما اختص به القانون المدني الأردني وتقديره.

أولا : شروط الضرر المادي :

١. الإخلال بحق أو بمصلحة مالية للمضرور.

الإنسان له مجموعة من الحقوق الّتي يقرها القانون وهذه الحقوق تنقسم إلى عدة أقسام ما يهمنا منها هِيَ الحقوق المدنية والتي تنقسم بدورها إلى قسمين هما حقوق الشخصية والحقوق المالية أما الأول فهو حقه في جسمه وسلامته والثاني حقه في سلامة أمواله لأن الحقوق المالية لا ترد إلا على الأموال المادية والمعنوية، إذا فالقانون الوضعي يعد الضرر المادي الّذي يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله. وجسم الإنسان هُوَ إما كل الجسد أو أي جزء أو عضو من الأعضاء، أما الأموال فهي كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل[2]، وما يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية كل شيء يمكن حيازته ويجوز الانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون[3]. إذا الضرر المادي حسب القانون المدني الأردني

---

(١) المادة ٢٦٦ أردني، المادة ٢٢١ مصري

(٢) المادة ٥٣ مدني أردني

(٣) المادتين ٥٤ و ٥٥ مدني أردني المادة ٨١ مدني مصري.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢. أن يكون الضرر محققاً.

بمعنى أنه وقع فعلاً لأنه كما قلنا سابقاً لا ضمان أو تعويض بلا ضرر فالضرر الموجب للضمان هُوَ الضررُ الّذي وقع فعلاً مثل موت المضرور أو تلف بضاعته فهذا ضرر قد وقع لأن هناك خسارة لحقت به و يأخذ حكم الضرر الواقع فعلاً الضرر المستقبلي الّذي سوف يحدث في المستقبل لكن حدوثه مؤكدٌ مثل فقدان الأسرة لمعيلها، أو هلاك البضاعة وبالتالي عدم تحقق الربح من جراء بيعها فهذه أضرار وقعت بإصابة المحل الّذي وقعت عليه لكن أثارها أو جزءاً منها تراخى حدوثها إلى المستقبل فهذه تعتبر بحكم الضرر الواقع فعلاً لأنها مؤكدة الحدوث ولذلك يمكن لمن يريد تقدير التعويض تحديد عناصر هذا الضرر.

وهذا يقودنا إلى الحديث عن الضرر الاحتمالي وهو الفعل الّذي وقع لكن الضرر المترتب عليه تراخي حدوثه إلى المستقبل وكانت مسألة حدوثه محتملة بغض النظر عن درجة الاحتمال إن كانت قليلة أو كبيرة كمن يصاب في جسمه ويقرر له الأطباء مجموعة من العمليات الجراحية الّتي على أثرها يتحدد إمكانية أو عدم إمكانية قدرته على العمل، فعدم القدرة على العمل لا يعد ضرراً يجوز ضمانه أو التعويض عنه لأنه لم يتحقق بَعْدَ، لذلك لا يجوز طلب التعويض عنه وفي ذلِكَ قررت محكمة التمييز الأردنية أن عدم إجراء عملية تجميلية للطفل المصاب هِيَ مسألة احتمالية طالما لم يتم إجراؤها فلا يجوز المطالبة بتكاليفها إلا بَعْدَ إجرائها فعلاً[١].

أما عن تعويض تفويت الفرصة، وهي أن يقوم أحد الأشخاص بفعل يترتب عليه تفويت فرصة على آخر، كأن يقوم أحد الأشخاص بحبس آخر ويفوت عليه فرصة التقدم للامتحان، أو إهمال موظف المحكمة في قبول

---

(١) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/٣٤٥ تاريخ ٢٠٠٢/٣/٢٥ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المصري الّذي لم يميز إنما أطلق الضرر ليشمل النوعين دون تمييز بينهما، لكن ما فعله القانون الأردني لم يكن كاملاً، ذلكَ أن الفقه الإسلامي عندما ميز بين الضرر المادي المالي والضرر المادي الجسدي كان ذلكَ لأن الجزاء مختلف على كل نوع من أنواع الضرر، أما القانون المدني الأردني فقد قال في المادة ٢٧٣ أن ما يجب من مال في الجناية عن النفس أو ما دونها ولم نجد مكاناً آخر لا في القانون المدني ولا في قانون العقوبات حدده فيه القانون الأردني ما هُوَ المال وكيف يجب هذا المال في الجناية الواقعة على النفس، إضافة إلى أن هذا القانون وفي المادة ٢٧٤ أيضاً أجاز للمضرور أن يحصل على تعويض آخر غير الواجب في الجناية على النفس وهذا ما لم تقبله الشريعة الإسلامية إذ أن الأصل العام أن الواجب في الجناية الواقعة على النفس أو ما دونها هُوَ القصاص أو الدية والإرش وحكومة العدل في حال جناية الخطأ أو ما جرى مجرى الخطأ وسوف نعود لهذا الأمر بالتفصيل لدى الحديث عن الواجب في الضمان.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الباحثين يرون أن الفقه الإسلامي يعرف الضرر الأدبي أو المعنوي لكنه لا يرى فيه الضمان بالمال إنما يكون جزاؤه ما تقرر بالفقه الإسلامي من الزواجر[١]. أما الرأي الآخر فيرى أنصاره أن الفقه الإسلامي يعرف الضرر الأدبي ويرى ضمانه بالمال وتأكيداً لرأيهم بحثوا في مشروعية التعزير بالمال[٢]. وسوف نناقش هذه الآراء جميعها لنتوصل إلى الرأي الّذي نراه صواباً في هذه المسألة، لكن قبل البحث في هذه المناقشة يقتضي علينا الأمر بأن نعلم ما هُوَ الضرر الأدبي حسب مفهوم القانونين لقد عرف الأستاذ السنهوري الضرر الأدبي بالنفي وقد قال عنه أنه الضرر الّذي لا يصيب الشخص في ماله أي لا يصيب المال إنما يصيب مصلحة غير مالية، هذا وقد صنف الأستاذ السنهوري الضرر الأدبي إلى عدة أنواع أو صور أولها الضرر الأدبي الّذي يصيب الإنسان في جسمه ويكون ناتجاً عن الألم المترتب على أية إصابة جسدية تحدث له والثاني هُوَ الضرر الأدبي الّذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض، كالقذف والسب وهتك العرض، وبث الشائعات الّتي تمس السمعة وثالثها الضرر الأدبي الّذي يصيب العاطفة والشعور بسبب الاعتداء على أحد أقارب أو أحبة المضرور أدبياً، والحق بهذا النوع الأعمال الّتي تصيب الشخص في معتقداته الدينية، أما النوع

=والعقدية في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية ١٩٩٠ ص٢١٤، د. إبراهيم الدسوقي، نظرية التعويض عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، إبريل ١٩٧٧ ص١٧.

(١) من هذا الرأي الزرقا، الفعل الضار ص١٢١ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٥٦.

(٢) من هؤلاء، عبدالله النجار، الضرر الأدبي، ص٣٨٣، محمد فوزي، فيض الله، المسئولية التقصيرية ، ص١٤٤، حسين الشامي، ركن الخطأ، ص ٥١٦، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ص ١٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

العدل أو الإرش المهم إذا أن أي فعل يقع على الإنسان يمكن معاقبة فاعله بفعل مثله أو بأي شيء آخر مما قررته الشريعة الإسلامية فيستوي في الّذي يقع إذاً أن يكون ضرراً مادياً أو ضرراً معنوياً.

ومن السنة النبوية الشريفة وردت كثير من الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم تمنع الضرر بشتى صوره عن طريق إطلاق اللفظ بمنعه دون تخصيص ومن المعلوم أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد عليه، و أشهر هذه الأحاديث الّتي منعت الضرر ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لا ضرر ولا ضرار) (1). وهذا الحديث وجه الدلالة فيه منع كل أشكال الضرر ومنع مقابلة الضرر بالضرر، وكلمة الضرر هنا وردت مطلقة فتشمل الضرر بشتى صوره.

وحديث الرسول عليه الصلاة والسلام الّذي أخرجه الإمام مسلم من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه) (2)ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم حرم على المسلم الخوض فيما يخص أخاه المسلم ومن هذه الأشياء ما ورد في الحديث الدم و المال والعرض وهذا الأخير قد يقع عليه ضرر مادي بفعل معين وقد يكون الضرر الواقع على العرض معنوياً

---

(1) حديث مرفوع رواه ابن ماجة في سننه حديث رقم ٢٣٣١، ورواه أحمد في مسنده حديث رقم ٢١٧٦، ورواه مالك في الموطأ وقد ورد تخريج هذا الحديث في كتاب نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي جـ٦/٤٣٣ وقد ورد هذا الحديث بألفاظ أخرى مثل (لا ضرر ولا ضرورة) و (لا ضرر في الإسلام ولا ضرار) و(لا ضر ولا ضرار في الإسلام) و (لا ضرر ولا إضرار) وكلها ألفاظ تفيد منع الضرر.

(2) صحيح مسلم،

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذا الضرر مادياً أو معنوياً ولا نعتقد أن أي قانون وضعي أو خبير يقدر الضرر المادي والمعنوي في حال الموت بمثل ما قدرته الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للأضرار الأدبية الّتي تصيب الشرف والاعتبار والعرض، فإن جريمة القذف في الشريعة الإسلامية تعتبر من جرائم الحدود، كما أن الجرائم الماسة بالشرف كالزنا في الشريعة الإسلامية إثباتها يكاد يكون من الصعوبة كما لو لم يمّكن الإثبات وهذا كله لمنع الخوض والحديث والتلاعب بأعراض الناس.

أما عن الصورتين الثالثة والرابعة وهي الأذى الّذي يصيب العاطفة والشعور والضرر الأدبي الّذي يصيب الإنسان لمجرد الاعتداء على حق ثابت له، فإن الشريعة الإسلامية بَعْدَ أن عددت وذكرت الجرائم وذكرت ما يجب فيها من حدود وقصاص وديات تركت المجال مفتوحاً أمام الحاكم ليحكم بالتعزير بإيقاع العقوبة المناسبة على كل فعل يراه مخلاً بأمن وسلامة المجتمع أو فيه اعتداء على حقوق الآخرين حتى في الجرائم الّتي عليها عقوبات مقدرة فقد ورد في الفقه ما يفيد التعزير فيها بالإضافة إلى العقوبة[1] المقدرة وسوف نفصل هذا الكلام بَعْدَ قليل، إذا الفقه الإسلامي عرف كل أنواع الضرر الأدبي الّتي ذكرها الأستاذ السنهوري وكما قلنا فهو إن لم يعرفها اسماً فقدا عرفها موضوعاً.

هذا الّذي ذكرناه كله للرد على الّذينَ قالوا بأن الفقه الإسلامي لم يعرف الضرر الأدبي وانحصر الضمان فيه عن الضرر المادي، فالأمثلة

---

(١) التعزير هو عقوبة غير مقدرة شرعاً تجب حقاً لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ومن اجتماع التعزير مع الحد تعزير شارب الخمر بَعْدَ أقامته الحد لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن أمَرَ بتبكيت شارب الخمر بَعْدَ الضرب، الموسوعة الفقهية جـ ١٢ ص ٢٥٤ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

البعض[1] أن الفقه الإسلامي لم يعرف الضرر الأدبي هُوَ قول بلا دليل أو هُوَ هُوَ استدل بجزء من الأدلة وليست كل الأدلة ومن هذه الأدلة ما ورد في المغني (أن من لطمه على وجهه، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه) [2]. والواقع أن هذا دليل على من أورده وليس دليل له لأن هذا المثال وإن لم يوجب الضمان فإنه لم ينف التعزير، ودليل ذلكَ مقارنة اللطم بالشتم ومعرف أن الشتم الّذي لا يصل إلى مرحلة القذف يوجب التعزير أما الدليل الثاني ما ورد في المبسوط من أن من ضرب ضربه تألم بها ولم يؤثر فيه شيء لا يجب شيء أرأيت لو شتمه شتيمة أكان عليه إرش باعتبار إيلام حل فيه[3]، ويرد على هذا الدليل ما ورد على الدليل الّذي سبقه.

إذا نخلص إلى أن الفقه الإسلامي عرف الضرر المعنوي أو الأدبي، لكن ما هُوَ الواجب في هذا النوع من الضرر لقد خلص بعض الباحثين[4] إلى أن الواجب في هذا الضرر هُوَ التعزير بأخذ المال وقد أوردوا الأدلة التالية تأكيداً لقولهم فقد بحث هؤلاء بجواز التعزير بأخذ المال ومن الأدلة الّتي ساقوها لذلك ما قاله ابن القيم (وأما التعزير بالعقوبات المالية، فمشروع أيضاً في مذاهب مخصوصة في مذهب مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي وقد مثل ابن القيم لذلك إضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه، وإضعاف الغرم على كاتم الضالة وقد أكمل ابن القيم بقوله أن من قال إن العقوبات المالية

---

(١) على سبيل المثال، العكام، الفعل الموجب للضمان ص ٢٤١.

(٢)ابن قدامة، المغني، جـ٨، ص٣٧٩.

(٣) السرخسي، المبسوط جـ٢٦، ص٨١.

(٤) الشامي، ركن الخطأ ص ٥١٦، عبد الله النجار، الضرر الأدبي ص ٣٨٢، محمد فوزي، فيض الله المسئولية التقصيرية ص ١٣٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الإرادات يحرم التعزير بأخذ مال وإتلافه لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك[1]، وقد ورد في حاشية الجمل أن التعزير بأخذ المال غير جائز[2] وقد ورد في حاشية الدسوقي أيضاً على أن العلماء نصوا على عدم جواز العقوبة بالمال[3].

كذلك من قالوا بالتعزير بأخذ المال لم يبينوا لمن يذهب المال أهو إلى المضرور أم إلى جهة أخرى خصوصاً أن ما ورد في الفتاوى الهندية أعلاه يذكر أن التعزير بالمال يكون بحبس هذا المال عن صاحبه ثُمَّ إعادته إليه.

هذا وبعد أن استدل الّذينَ قالوا بجواز التعزيز بالمال ضربوا أمثلة جرى فيها دفع المال في الضرر الأدبي وسوف نناقش هذه الأمثلة[4].

- ما روي عن عمر رضي الله عنه انه أضعف الغرم على سارق مادون النصاب، وهذا الدليل ورد على مثال الحديث فيه عن السرقة وهي ضرر مادي، إضافة إلى أن التغريم هنا يفهم منه الزجر.
- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها رجل ففي الطريق قالت يا ويلها ما لها ولعمر ففزعت فضربها الطلق فألقت جنيناً فصاح صيحتين ومات فأشار علي على عمر رضي الله عنهما بأن عليه الدية، وهذا المثال دليل على أن عمر دفع دية الجنين وليس تعويضاً على إفزاع المرأة، إذ أن هذه الحالة من الحالات الّتي قدر الشرع الواجب فيها ويعد عمر هنا مباشراً لأن المرأة

---

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات جـ ٣، ص٣٦٦.

(٢) حاشية الجمل، جـ ٥، ص١٦٥.

(٣) حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، جـ ٣، ص٤٦.

(٤) راجع هذه الأمثلة محمد فوزي، المسئولية التقصيرية، ص ١٣٩، الشامي، ركن الخطأ، ص ٥١٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ونحن في هذا الموضوع نقول إن رفع الضرر الأدبي يكون بترك المجال للقاضي باستعمال التعزير[١] والذي يكون بأي وسيلة تتناسب مع الفعل والضرر الّذي وقع وشخصية كل من الجاني والمجني عليه والتي من بينها التعزير بالمال إن رأي القاضي ضرورة لذلك وهذا بنظرنا أفضل لأن كل حالات الضرر الأدبي هيَ مساس بالشرف والسمعة أو حرمان من الأحبة أو المساس بالاعتبار الاجتماعي للأشخاص، وأنا اعتقد أن المال في كل هذه الحالات قد لا يمحو اثر الفعل بقدر ما يُصغّر المضرور في نظر المجتمع فأي مال يعوض فتاة اعتدي على شرفها سواء بالقول أو الفعل وأي مال يعوض عن فقدان أحد الأحبة وأي مال يعيد الاعتبار إلى شخص أو شيخ تمت إهانته أمام جمهرة من الناس، أليس تعزير هؤلاء بالسجن أو بالاعتذار أمام الناس أو في الصحف يشفي الصدور ويمحو أثر الفعل، إضافة إلى أنا لو قصرنا التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، فما هيَ أسس تقديره، وما هُوَ السبب أو السند الشرعي لأخذه شرعاً ويقول الأستاذ الزرقا في هذا سوف يكون التقدير اعتباطياً محضاً لا ينضبط بضابط[٢]، إذا فإننا نرى أن الفقه الإسلامي لم يقصر إزالة الضرر الأدبي بأخذ المال فقط إنما هُوَ زجر

(١) الخفيف، الضمان ص ٥٤ وما بعدها، حيث يقول إن أخذ المال في حال الضرر الأدبي لا يرفع الضرر ولا يزيله فأخذ المال عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود به كلاهما إلى ما كانا عليه من سلامة... ومن هذه الناحية يرى أن أعطاء المال ليس فيه جبراً، والتعويض إنما يقصد فيه الجبر، وإذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثماً وأمراً محظوراً يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه، كان الواجب فيه التعزيز عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجر، وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضت المصلحة العامة.

(٢) الزرقاء، الفعل الضار، ص ١٢٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إن هذه المادة قد استحدثت حكماً جديداً لم يؤخذ به في الفقه الإسلامي بهذه الطريقة، إضافة إلى أنها لم تذكر المباشرة والتسبب لا من قريب ولا من بعيد إنما حددت الضمان في الضرر الأدبي بالتعدي فقط وكما هو معلوم فإن التعدي وكما ذكرنا سابقاً هو شرط في مسئولية المتسبب فقط دون المباشر عَلى ما نصت عليه المادة ٢٥٧.

أضف إلى أن هذه المادة تحدثت عن حالات الضرر الأدبي عَلى سبيل الحصر وحددتها في حالات مذكورة فيها عَلى خلاف القانون المصري الّذي أطلق الضرر الأدبي ولم يحدده(١). علاوة عَلى ذلِكَ فإن هذه المادة وردت في باب المسئولية عن الفعل الضار ولم يرد لها مثيل أو إشارة عندما تحدث القانون الأردني في التنفيذ بطريق التعويض كأحد طرق تنفيذ الالتزام مما جعل أمرَ ضمان الضرر الأدبي غير واضح في الأردن فهل هو مقصور عَلى المسئولية عن الفعل الضار أم يشمل المسئولية العقدية كذلك.

ومن الملاحظات أيضاً أن القانون لم يحدد درجة القرابة الّتي يجوز معها المطالبة في ضمان الضرر الأدبي فلا نعلم إلى أي درجة قرابة يمكن للشخص أن يطالب بضمان الضرر الأدبي الّذي أصابه نتيجة موت المصاب، والملاحظة الأخيرة وهي أن القانون الأردني اعتبر الضمان عن الضرر الأدبي شخصياً بمعنى أنه لم يسمح بانتقاله إلا إن تحددت قيمته باتفاق أو حكم قضائي نهائي، ويمكننا القول إن القانون الأردني قد استفاد من صياغة القانون المصري في مسألة ضمان الضرر الأدبي وقد راعى هذه الصياغة أكثر من مراعاته لنظرية الفعل الضار فيه.

---

(١) المادة ٢٢٢ مدني مصري.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأطباء حتى اندملت وأبو حنيفة رحمه الله قال لا يجب له شيء لأنه لا قيمة لمجرد الألم) [١]، ولم تبين المذكرة الإيضاحية لماذا أخذت قول محمد وتركت رأي أمام المذهب وصاحبه أبي يوسف، أضف إلى أن محمد بن الحسن قال بمبلغ يدفع نتيجة الألم ولم يتحدث عن قيمة الدواء وأجرة الأطباء بمعنى أن حكومة العدل هيَ كل ما يطلبه الّذي اندمل جرحه. أما أبو يوسف فقال بمبلغ على الدواء وأجرة الأطباء، بمعنى أن رأي المذهب هُوَ بدفع مبلغ على الجرح الّذي يندمل بغض النظر عن سبب هذا المبلغ، وكما هُوَ معلوم فإن جرح شخص حتى ولو بَرِئَ هذا الجرح ولو يعد له أثر فإن الضرر المادي فيه أظهر من الضرر الأدبي.

أما المثال الثاني فقد اعتمدت المذكرة على ما جاء في البحر الزخار من أن من أصاب سناً فاضطربت انتظر بروؤها المدة الّتي يقول أهل الخبرة أنها تبرأ فيها، فإن سقطت فدية وإن بقيت فحكومة[٢]. ثُمَّ قفزت المذكرة الإيضاحية إلى المسألة الّتي تلي هذه المسألة لتأخذ منها عبارة (وفي الألم حكومة). وهذا الكلام كان في صدد الحديث عن من قلع سناً لآخر ثُمَّ رُدت كما كانت فالكلام فيه خلاف بين إن كان يستحق صاحب السن حكومة نتيجة الألم أو لا يستحق مثل ذلكَ[٣]. ثُمَّ قفزت المذكرة الإيضاحية خمس مسائل لتأخذ عبارة (في الإيلام حكومة)[٤]. ثُمَّ تكمل المذكرة الإيضاحية النقل عن ذات الكتاب وفي السن الزائد على العدد حكومة إذ لا منفعة ولا جمال. ثُمَّ ذهبت المذكرة في ذات الكتاب وبعد صفحتين لنأخذ المثال القائل (ولا شيء

---

(١) المبسوط، ٨١/٢٦.

(٢) المذكرة الإيضاحية جـ١، ص ٢٩٨، البحر الزخار ٢٨٠/٦.

(٣) البحر الزخار، جـ٦ ص ٢٨٠.

(٤) المرجع السابق في ذات الموضوع.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بقدر شينه) [١]، وهذا ومثال أيضاً الضرر المادي ظاهر فيه لأن قطع الحلمة مما يترتب عليه عدم قدرة المرأة على إفراز الحليب هُوَ ضرر مادي، أما قطعهما مع القدرة على إفراز الحليب فهو ضرر مادي أيضاً لأنه أصاب الجسد.

إن الأمثلة الّتي ذكرتها المذكرة الإيضاحية للتدليل على أن الفقه الإسلامي قد أخذ بضمان الضرر الأدبي لم تصلح لذلك بسبب الملاحظات الّتي أوردناها عليها، ولا نقصد من ذلِكَ إثبات عدم معرفة الفقه الإسلامي للضرر الأدبي، إنما نريد أن نلفت النظر إلى أن هناك أمثلة أظهر وأكثر من هذه الأمثلة والتي تثبت معرفة الفقه الإسلامي للضرر الأدبي، وقد سبق وأن ذكرناها[٢]، وتوصلنا إلى أن الفقه الإسلامي قد عرف الضرر الأدبي، وكان الأولى بالمذكرة أن تأخذ بها.

هذا وقد تصدت المذكرة الإيضاحية[٣] للرد على من يقول بأن التعويض هُوَ إحلال مال محل مال فاقد مكافئ له ليقوم مقامه ويسد مسده أما الضرر الأدبي فلا يتمثل في فقد مال كان موجوداً وقد ردت على هذه المقولة بالآتي:

أ- السند في هذا الباب هُوَ حديث رسول الله صلى الله عيه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وهو نص عام فقصره على الضرر المادي تخصيص بغير مخصص.

---

(١) المذكرة الإيضاحية جـ ١ ص٢٩٨، المغني، جـ٨ ص٣٥٩.

(٢) مما سبق ص١٧٧ وما بعدها

(٣) المذكرات الإيضاحية جـ١ ، ص ٢٩٩، ٣٠٠.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالات، إذ علَى العكس من ذلِكَ ففي الحياة العملية[1] حالات طالب فيها المضرورين بمبالغ نقدية كبيرة لمصالحة الجاني بهدف حصوله علَى حكم جنائي مخفف في حال أن الفعل الضار نتج عن فعل يعاقب عليه قانون العقوبات ولم يكن الهدف من الحصول علَى هذا المال الزجر[2].

الخلاصة: إن الفقه الإسلامي عرف الضرر الأدبي وكذلك القانون الأردني، لكننا نعترض علَى أسلوب معالجة القانون الأردني للضرر الأدبي إذ أنها تنطوي علَى مخالفات شرعية للأسباب الّتي ذكرناها وهي أنه وعلى الرغم من معرفة الفقه الإسلامي للضرر الأدبي إلا أن القليل من فقهائه قالوا برفعه بالمال والأقل من هؤلاء من قال بتمليك هذا المال للمضرور. والمخالفة الشرعية الصارخة هي ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ ذلِكَ أنه في حال الموت فإن الواجب فيه في الفقه الإسلامي القصاص أو الدية ولا جمع بينهما ولا زيادة عليهما إلا التعزير إن رأى الحاكم له ضرورة، أما إذا كان الواجب هو الدية فهو المبلغ الّذي يدفع إلى الورثة الشرعيين والذي

---

(١) علَى الرغم من أن نص م ٢٧٤ من القانون المدني الأردني ينص علَى الدية، وعلى الرغم من أن المحاكم الشرعية تنظر في دعوى الدية – علَى ما سنرى في الباب الثاني– إلا أنها وحسب النظام القضائي الأردني غير مطبقة بشكل دائم وليس هناك نظام أو قانون يحددها، لذلك فما هو معمول به في الأردن الحصول علَى التعويض المالي الّذي يخضع تقديره للمحكمة بواسطة الخبراء والذي يختلف باختلاف الأشخاص، وقد عاصر كاتب هذا البحث حالات كثيرة ومتعددة يتشدد فيها أهل المضرور بطلب مبالغ نقدية كبيرة للصفح عن المسئول، وحالات أخرى وعلى الرغم من استهتار المسئول ورعونته فكان الصفح وعدم الحصول علَى أي تعويض منه هو المقابل، فمن كان المفروض أنه ينزجر لم يتم ذلِكَ وانزجر من ليس بحاجة له هذا إذا سلمنا بأن المال هو الزاجر.

(٢) الانتقادات الأخرى حول هذا الموضوع، راجع الزرقا، الفعل الضار، ص ١٢٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التعزير بكل أوجهه ومن بينها التعزير بالمال، حتى أن التعزير بهذه الطريقة يمكن استخدامه في الحالات الّتي يكون فيها هناك مبلغ مقدر شرعاً.

وحتى في حالة التعزير بأخذ المال فإن قرر القاضي تغريم المتعدي مبلغاً من المال فإننا نقترح أن هذا المال يذهب إلى صندوق يتم إنشاؤه إما لمساعدة الفقراء أو لأي شيء آخر، ولا يذهب إلى المضرور إلا إن رأى القاضي مصلحة في ذلكَ، والعلة من ذلكَ لأنه وكما قلنا فإن المبلغ المالي المدفوع كتعويض للضرر الأدبي هو لن يعوض مهما كبرت قيمته أو صغرت لأنه لن يحل محل مثله، أما لو أخذناه من المتعدي الّذي يزجره أخذ المال منه(١)، فنكون قد حققنا زجره، ولم نعطه في ذات الوقت للمضرور الّذي لن يمسح ألمه أو الاعتداء عَلى شرفه هذا المال إنما نكون قد رددنا له اعتباره بمعاقبة المتعدي، و في ذات الوقت يكون قد استفاد من هذا المال من هم بأمس الحاجة إليه.

وبهذا الحل نكون قد أخذنا بما ورد في الفقه الإسلامي من ناحية ومن ناحية أخرى حققنا الزجر المقصود من الاعتداء عَلى شرف الناس وأعراضها، لأن كل أموال الدنيا لا تمسح الألم عن فتاة اغتصبت أو عن شخص فقد ابنه فلا يمسح ألمهم إلا بمعاقبة من قام بهذه الأفعال بعقوبة زاجرة، وهذا يفتح المجال لنا لدعوة المشرع الأردني –وغيره من المشرعين– إلى تنظيم كل قوانينه حَسَبَ أحكام الشريعة الإسلامية، لأن ما نقول به من الأخذ بعقوبة التعزير لا يستقيم إذا لم يكن النظام الجنائي مستمداً

---

(١) مع الأخذ بعين الاعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تجيز أخذ المال إلا بسبب شرعي، فإذا أريد التعزير بأخذ المال فلابد أن، يكون هناك شرعاً ما يسمح بأخذ هذا المال لأن الآية رقم ١٨٨ من سورة البقرة، واضحة إذ يقول تَعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ليقرر موقفه من طلب أو عدم طلب ضمان الإضرار المادية والمعنوية، وقد يقال أن السبب في ذلكَ هو شخصية التعويضِ الأدبي فصاحبه فقط هو الّذي يقرر طلبه أو عدمه، نقول ومع التسليم بذلك إلا أن المشكلة تبقى قائمة ونرى حلها بالأخذ بنظام الدية الّتي فيها معنى ضمان كل الإضرار الّتي تصيب الشخص فسواء بقي علَى قيد الحياة فهي حق له يطالب به، وإن مات ولم يطالب فهي حق للورثة يطالبوا بها، وإن كانت الدية واجبة لموته فهي أيضا حق للورثة يطالبون بها وتقسم بينهم حسب حصصهم الإرثية(١).

إذا المادة ٢٦٧ تستدعي تدخلاً تشريعياً لتعديلها وفقاً للمقترحات الّتي قدمناها والتي نرى فيها أكثر موافقة لحكم الفقه الإسلامي من النص الموجود حالياً.

المطلب الثالث

الضرر الأدبي في القانون المدني المصري

بصدور القانون المدني المصري المعمول به حالياً والمصطلح علَى تسميته بالجديد فيكون هناك استقرار في القانون تبع الاستقرار القضائي والفقهي علَى جواز التعويض عن الضرر الأدبي(٢)، وقد نصت المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري:

---

(١) من هذا الرأي د. محمد المحاسنة، المرجع السابق، ص ٣٠٦، انظر أيضاً. د. محمد صبري الجندي، في صفحات الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات سلسلة علوم الشريعة والقانون تصدرها الجامعة الأردنية، عمان، المجلد ٢٦، ملحق كانون الأول ١٩٩٩ ص ٥٦٦ حيث يرى هذا الباحث إمكانية تعويض الضرر المعنوي بغير النقود، مثل المادة الحال إلى ما كان عليه، أو نشر اعتذار عن الشتم.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ١ص٧٦٨، حسين عامر المسئولية المدنية، ص ٣٤٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما وجه الخلاف الثالث فهو فيما يتعلق بانتقال الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي فحسب أحكام القانون المصري فهو ينتقل بمجرد تحديد قيمته باتفاق أو بمجرد المطالبة القضائية لكن في القانون الأردني فإنه وإن كان ينتقل بمجرد الاتفاق إلا أنه لا ينتقل إلا إذا تحددت قيمته بحكم قضائي نهائي إذ لا يكفي مجرد المطالبة القضائية بل لابد من صدور حكم لا يقبل أي طريق من طرق الطعن.

أما عن وجه الخلاف الأخير فهو أن القانون المصري حدد الأشخاص الّذينَ يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي بسبب موت المصاب بالأزواج والأقارب ضمن الدرجة الثانية، بينما هي مطلقة في القانون الأردني فأي شخص من الأسرة بغض النظر عن درجة القرابة يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي بغض النظر عن درجة القرابة.

أما وجه الشبه بين النصين، فهو عدم الحكم بالأضرار المعنوية لأقارب المصاب إلا في حالة الوفاة فقط، وكذلك مسألة انتقال الحق بالتعويض بمعنى أن كلا القانونين جعل مسألة الأضرار المعنوية من المسائل الشخصية المتعلقة بمن تقرر له حق المطالبة بالتعويض عن الإضرار المعنوية. والملاحظ أيضاً أن القانون الأردني قد استفاد من صياغة القانون المصري ومذكرته الإيضاحية بخصوص الضرر الأدبي.

إذا القانون المصري حسم أمره وانسجم مع أصله التاريخي وقضى بجواز التعويض عن الضرر المعنوي وشروط الحصول علَى هذا التعويض كما هي شروط الحصول علَى ضمان الضرر المادي من أن هذا الضرر لابد أن يكون محققاً وشخصياً ولم يسبق الحصول علَى تعويض عنه، ويحق لكل شخص أصيب بضرر أدبي أن يطالب بتعويض، وفي حال موت المصاب هناك نوعان من الضرر الأدبي، الأول الّذي أصاب الميت من جراء إصابته.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مسألة تقديره هي مسألة تحكمية بحتة وليست مبنية علَى أسس واقعية، لأنه انتفت المماثلة فيه، فالشرف والألم لا يقابل المال ولا بأي حال من الأحوال، أما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فلا شك أنها يمكن مقابلتها بالمال أو علَى الأقل فإن المال يجبرها، لأنها خسارة لحقت الذمة المالية فيمكن صب مال في هذه الذمة لتعويض المال المفقود، بينما المفقود في الضرر المعنوي هو شيء غير المال فمهما صببت من المال فلن يتم التعويض ولو بأي جزء، فأي محرك يسير علَى الوقود فأن أي نوع من أنواع الوقود يمكن أن يسيره لكن قد لا تكون بكفاءة تامة، لكن لن يسيره أي شيء آخر غير الوقود.

وفي تبرير تعويض الضرر الأدبي بالمال يقول الأستاذ السنهوري (ولا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود، وإلا فالضرر الأدبي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها، وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبي، فمن أصيب في شرفه واعتباره جاز أن يعوض علَى ذلك بما يرد اعتباره بين الناس، وأن مجرد الحكم علَى المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور) (١). فهذا الكلام اعتراف من مهندس القانون المدني بعدم جدوى التعويض المالي لمحو الضرر الأدبي، لكن ما هو الحل أو البديل، إن الحل أو البديل علَى ما نرى هو البحث عن حكمة التعويض أو الضمان في الضرر الأدبي والمادي، فضمان الضرر المادي قائم علَى جبر الأضرار الّتي حدثت وجبرها يكون من خلال الجوابر المتاحة مثل إعادة الحال إلى ما كان عليه وهو أفضل أنواع الجبر وإلا فدفع القيمة إن لم تمكن المماثلة، ودفع القيمة أو المال يؤدي بدرجة كبيرة إن لم

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ١ص٨٦٧.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثالث

علاقة السببية

تمهيد وتقسيم

لقد تحدثنا في الفصلين السابقين عن الفعل الضار، والضرر باعتبارهما أول الأركان المطلوبة لقيام المسئولية، وفي هذا الفصل سوف نتحدث عن الركن الثالث وهو علاقة السببية، وهذه لا تقل أهمية عن سابقتها، إذ أنها الرابط الّذي يربط بين الفعل والضرر فلا يكفي أن يكون هناك فعل وأن يكون هناك ضرر بل لابد من ربطهما بعلاقة السببية أي أن يكون الثاني ناتجاً عن الأول، وقد كانت هناك محاولات لدمج رابطة السببية في عنصر الخطأ، إلا أن الرأي الراجح أنها غير الخطأ، فالخطأ هو مسألة شخصية خاصة بالمسئول، أما رابطة السببية فهي مسألة موضوعية تختص بالأركان وليس بأصحابها، فالإنسان عندما يقع عليه ضرر معين يتحرك ليبحث عمن أوقعه فإذا وجده يتحرك إلى القضاء ليثبت أمامه أن هذا الشخص قد قام بفعل وأن هناك ضرراً وأن فعله هو الّذي سبب الضرر فالإثبات يتم علَى مراحل أولها نسبة الفعل إلى شخص ما وثانيها وجود الضرر، وثالثها نسبة الضرر إلى الفاعل، فهذه العناصر الثلاثة مهمة فلا وجود لمسئولية إلا بوجود هذه العناصر جميعها، وتنتفي المسئولية إن انتفى أحد هذه العناصر، فقد يوجد الفعل ولا يوجد الضرر وقد يوجد ضرر ولا يوجد فعل وقد يوجد كلاهما ولا يوجد ربط بينهما، والمثال الموجود في معظم الكتب[1] كمن يضع سماً لأحد الأشخاص وقبل أن يحدث السم أثره يقتله شخص آخر بعيار ناري، فلا يسأل

(١) السنهوري، الوسيط جـ١ص٨٧٣، حسين عامر المسئولية المدنية، ص ٣٥٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول

علاقة السببية في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

يعد مصطلح علاقة السببية من المصطلحات الحديثة، فمنطق الأمور يقضي بأن لا يكون معروفاً لدى فقهاء المسلمين نصاً، وهذا لا يمنع أنه معلوم لديهم موضوعاً لكن بتسمية أخرى وهي الإفضاء والإفضاء لغة هو الوصول فأفضيت إلى الشيء وصلت إليه، والمقصود من الإفضاء في الضمان أن لا يوجد للتلف سبب آخر غيره سواء بالمباشرة أو التسبب، وأن لا يتخلل بين السبب والضرر فعل فاعل مختار وإلا أصبح هو ضامناً لأنه يكون مباشراً[١].

لذا فإننا سوف نتحدث في المطلب الأول عن دور المباشرة والتسبب في تحديد علاقة السببية وأحوال انتفاء هذه العلاقة وبالتالي انتفاء الضمان، ثُمَّ نتحدث بَعدَ ذلك في المطلب الثاني عن حدوث الضرر بفعل أكثر من شخص ثُمَّ نتحدث عن الضمان عند تتابع الإضرار.

المطلب الأول

دور المباشرة والتسبب في تحديد علاقة السببية

الفعل الضار قد يقع بالمباشرة أو بالتسبب، فالمباشر الّذي يقوم بالفعل الضار بنفسه ويحصل التلف نتيجة فعله دون أن يتخلل بين فعله والتلف أي

---

(١) الموسوعة الفقهية جـ٢٨ص٢٢٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسئول إلا أن يدفع مسئوليته بإثبات السبب الأجنبي أي أن الضرر قد وقع بفعل السبب الأجنبي وليس بفعله، والسبب الأجنبي يتمثل بالقوة القاهرة وفعل المضرور وفعل الغير.

الفرع الأول
القوة القاهرة

تعتبر هذه التسمية أيضاً من التسميات الحديثة، لكن قد ورد لدى الفقهاء المسلمين ما يفيد إعفاء المسئول من الضمان إن حدث الضرر بفعل قوة قاهرة، ويفهم من أمثلتهم وفروعهم الّتي ذكروها أن القوة القاهرة الّتي تدفع الضمان هي الّتي يكون الضرر قد حدث فيها بفعل السبب الأجنبي دون تقصير من المسئول والتقصير هنا هو ما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه. ومن أمثلتهم في ذلك:

- ما ورد في المدونة أرأيت الصنّاع ما أصاب المتاع عندهم من أمر الله مثل التلف والحريق والسرقة وما أشبه فأقاموا علَى ذلك البينة؟ قال: مالك لا ضمان عليهم إن قامت عَلى ذلك بينة ولم يفرطوا(١)، وأيضاً أرأيت لو أن سفينة صدمت سفينة أخرى فكسرتها فغرق أهلها؟ قال: قال مالك إن كان ذلك من الريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها فلا شيء عليهم، وإن كانوا لو شاءوا أن يصرفوها صرفوها فهم ضامنون(٢).

---

(١) مالك بن أنس، المدونة، جـ٣ص٤٠٤.

(٢) المرجع السابق،جـ٤ص٦٦٦، المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل جـ ٨ ص ٣٠٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذه الأمثلة جميعها تدل علَى أنه حيثما حدث حادث يقطع نسبة الفعل إلى المباشرة فلا ضمان لأنه بهذه الحالة فإن الفعل ينسب إلى الآفة السماوية كالريح وكذلك الحال بالنسبة للمتسبب فما ينفي الضمان عنه إثبات أن الفعل قد حدث بفعل آخر غير فعله المتعدي فيه. ويفهم من الأمثلة أيضاً أن المباشر لو كان له فعل فإنه يضمن حتى لو اشترك مع فعله فعل آفة سماوية أو أن فعله كان نتيجة قوة قاهرة وكذلك المتسبب بمعنى أن ما ينفي الضمان هو قطع الصلة نهائياً، أما اشتراك فعل المباشر مع الآفة السماوية أو فعل المتسبب فعليهما الضمان ومن أمثلته ما ذكر سابقاً من وضع الجرة علَى السطح فإن وضعها كما توضع مثلها ولم يكن متعدياً في الوضع فلو حركتها الريح لا يضمن أما إن كان متعدياً في وضعها بأن وضعها علَى حافة السطح وحركتها الريح فإنه يضمن.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه ومن خلال استعراض هذه الأمثلة أيضاً أن القوة القاهرة حتى يمكن دفع الضمان من خلالها لابد أن تكون غير متوقعه الحدوث وكذلك لا يمكن دفعها وهي شروط مشترطة في القانون لإمكانية دفع المسئولية.

الفرع الثاني

فعل الغير

الفرض في هذه الحالة أن الضرر قد وقع بفعل الغير، فإذا وقع الضرر بفعل الغير بغض النظر عن مباشرته أو تسببه فالشخص المبحوث عن مسئوليته يستطيع أن يدفع هذه المسئولية بإثبات أن الفعل لم يصدر عنه إنما صدر عن شخص آخر، لأنه لو افترضنا أن الشخص المبحوث عن مسئوليته قد اشترك فعله مع فعل الغير فلا يبحث في دفع الضمان إنما تبحث هذه الفرضية في إطار تعدد الأسباب.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني
الضمان عند تعدد محدثي الضرر

تمهيد وتقسيم

تحدثنا في المطلب السابق عن أحوال علاقة السببية إذا ما كان الضرر قد صدر بفعل شخص واحد سواء كان مباشراً أو متسبباً، وهذا الشخص لا يستطيع أن يدفع الضمان عنه إلا بإثبات عدم صدور الفعل منه لكن ما هو الحال لو اشترك فعله مع فعل غيره والغير الّذي نبحث عنه هو شخص آخر يصلح لإضافة الضمان له، لأنه لو لم يكن كذلك كأن يكون حيوان فيبقى الضمان علي من صدر عنه الفعل.

كما هو معلوم فقد أخذ الفقه الإسلامي بالتفرقة بين المباشر والمتسبب لذلك فإن اشترك أكثر من شخص في إحداث الضرر فلا يخرج الحال عن هذه الفروض فإما أن يكونوا كلهم مباشرين أو كلهم متسببين أو يكونوا مباشرين ومتسببين.

الفرع الأول
اتحاد فعل محدثي الضرر

هذا الفرع نعالج فيه الحالة التي يتحد فيها عمل محدثي الضرر بأن يكونوا كلهم مباشرين أو كلهم متسببين، وفي هذه الحالة لا يخلو الحال من أن يتساووا في إحداث الضرر أو أن يختلف عملهم قوة وضعفاً.

الحالة الأولى: تساوي محدثي الضرر في فعلهم واتحاده

معنى هذه الحالة أن يقوم المباشرين أو المتسببين بعمل واحد هو الذي يؤدي إلى إحداث الضرر كأن يقوموا جميعاً بحفر البئر، أو يشتركوا

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حفر بئراً في الطريق فجاء آخر وحفر طائفة في أسفلها ثم وقع فيها إنسان ومات في القياس يضمن الأول وبه أخذ محمد وفي الاستحسان يجب الضمان أثلاثاً[1].

هذا المثال يوضح أن الحافر الأول هو صاحب السبب الأقوى إذ لولا فعله لما حدث التوسعة ولما وقع الآخر في البئر، ثم ورد في ذات المكان حالة أخرى وهي أن التوسعة كانت في رأس البئر وسقط فيها إنسان ومات كان الضمان عليهم أثلاثاً قالوا تأويل المسألة أن الثاني وسع رأسها بحيث يعلم الناس أن الواقع إنما وقع في موضع بعضه من حفر الأول وبعضه من حفر الثاني أما إذا وسع الثاني رأسها بحيث إنما وقع في موضع حفر الثاني كان الضمان علىالثاني وإن يدر فالضمان عليهما[2] وقد قالوا أيضاً أنه لو طرأ سبب على سبب فالحكم للأقوى، كرجلين حفرا بئر عدواً، لكن حفر أحدهما لا يهلك، فالضمان على الأخر لقوته، ولو حمل رجل خشبه ونصبها آخر فأعنتت بالنصب، فالضمان على الناصب لا على الحامل، ولو طرأ مباشر على مباشر فالحكم للأقوى منهما كالجارح مع حاز الرقبة[3]، وقد ورد أيضاً أنه لو وضع رجل حجراً، وحفر آخر بئراً، أو نصب سكيناً، فعثر بالحجر، فوقع في البئر، أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين[4]، وقد ورد أنه لو حفر بئراً في الطريق فجاء آخر فحفر في أسفلها ثم وقع فيها إنسان فالضمان على الأول دون الثاني،

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري جـ٨ص٣٩٧، السرخسي، المبسوط جـ٢٧ص١٧.

(٢) تكملة البحر الرائق للطوري جـ٨ ص٣٩٧، معين الحكام، ص ٢١٠، السرخسي، المبسوط جـ٢٧ص١٧.

(٣) البحر الزخار جـ٦ص٢١٦.

(٤) ابن قدامة المغني جـ٨ ص٣٣٠.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثالثة: التضامن بين الفاعلين

ومعنى ذلك أنه إن كان المسئول عن الضمان أكثر من شخص فكيف يوزع الضمان بينهم وهل يحكم بالتضامن.

إن هذه المسألة تحكمها الآية الكريمة (لا تزر وازرة وزر أخرى)[١]، وهذا هو الرأي في الفقه الإسلامي أنه إن تعدّدَ المسئولون عن الفعل الضار فالضمان ينقسم بينهم بقدر مساهمة كلاً منهم في إحداث الضرر، وإن لم نجد مساهمة كلٍ منهم فالضمان بينهم بالتساوي ومن النصوص الفقهية عَلى ذلك (فقد حصل التلف من فعلهم فانقسم الضمان بينهم) [٢]. فكانوا مسببين للتلف أيضاً فاشتركوا في سبب وجود الضمان فانقسم الضمان عليهم[٣]، وإن وقعت خشبه ليست مركبة عَلى حائطه، وجب ضمان ما أتلفت وأن كانت مركبة عَلى حائطه، وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه عَلى ملكه وملك غيره، فانقسم الضمان عليهما[٤].

إذاً الفقه الإسلامي لا يأخذ بالتضامن بين محدثي الضرر إنما يكون كل واحد مسئولاً عن حصته من الضمان إن أمكن تحديد حصته وإن لم يمكن يكُن الضمان بينهم بالتساوي.

---

(١) سورة النجم الآية ٣٨.

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ص٢٧٤.

(٣) المرجع السابق جـ٧ص٢٨١.

(٤) المغني جـ٨ص٣٣٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- تعذر تضمين المباشر وذلك لانعدامه أو لعدم معرفته.

٣- إن كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر.

٤- إن كان التسبب من قبيل التغرير للمباشر.

ثانياً: اشتراك المتسبب مع المباشر في الضمان.

وهذه الحالة عندما يكون السبب لا يعمل بانفراده في إحداث الضرر لو لم توجد المباشرة ففي هذه الحالة يضمن المباشر والمتسبب معاً.

المطلب الثالث

الضمان عند تتابع الإضرار

(تسلسل النتائج)

لقد انتهينا من بحث الحالات التي ينتج فيها الضرر من فعل أكثر من شخص، وفي هذا المطلب سوف نعالج الحالة التي ينتج فيها أكثر من ضرر من فعل شخص واحد، وقبل أن نتحدث عن موقف الفقه الإسلامي من هذه الحالة نورد بعضاً من أمثلتهم لنقف على رأيهم في هذه المسألة. لقد جاء في مجمع الضمانات، أنه لو سقط الحائط علَى حائط إنسان آخر فسقط الحائط الثاني علَى رجل فقتله ضمن صاحب الأول ولو عثر بتراب الحائط الثاني لا يضمن[١]، وفي نفس المرجع لو سقط الجناح أو الكنيف وأتلف إنساناً ثم عثر رجل بنقض الجناح ورجل بالقتيل فعطباً كان ضمان الكل علَى صاحب الجناح والكنيف[٢]، وقد ورد أيضاً أنه لو ذبح شاه رجل فهلك ولدها أو حمامة فهلك فرخها ضمن ما هلك لفقد ما يعيشان به[٣].

---

(١) مجمع الضمانات ص ١٨٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١٧٧.

(٣) الهيتمي، تحفة المنهاج جـ٦ص٣٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني

علاقة السببية في القانون المدني الأردني

سوف نبحث أولاً في تحديد علاقة السببية وأحوال انتفاء هذه العلاقة ثم بعد ذلك ننتقل للحديث عن تعدد الأسباب وأخيراً نتحدث عن تسلسل النتائج.

المطلب الأول

تحديد علاقة السببية وأحوال انتفائها

في هذا المطلب سوف نبحث في الفرع الأول منه في تحديد علاقة السببية ثم في الفرع الثاني نتحدث عن وسائل دفع المسئولية بنفي علاقة السببية.

الفرع الأول

تحديد علاقة السببية

القاعدة العامة في القانون المدني الأردني ما نصت عليه المادة ٢٥٦ من أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر بمعنى أنه لابد من فعل ولابد من ضرر ولابد من رابط بينهما وهو أن يترتب على الفعل ضرر أو أن يأتي الضرر نتيجة الفعل، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن الفعل إن كان مستوجباً للضرر في ذاته استوجب ضمان ما يترتب عليه من تلف[١]، فالنظر إلى الفعل أنه هو الذي يؤدي إلى حدوث الضرر بغض

---

(١) المذكرة الإيضاحية جـ ١ ص٢٧٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وللمباشرة والتسبب دور في علاقة السببية إذ أنه في حالة المباشرة كما سبق وأن ذكرنا[١] فإن المباشر هو موجد علة التلف أو هو الذي يؤدي فعله إلى الضرر دون أي واسطة أما المتسبب فهو الذي يوصل إلى التلف ولا يحدثه إنما يحدث بأثر فعله فيتخلل بين فعله والتلف فعل آخر لذلك فإن المباشر ضامن مطلقاً لأنه هو الذي أوجد الضرر بفعله أما المتسبب فلا يضمن إلا بالتعدي لأنه لم يوجد فعله الضرر إنما وجد الضرر كأثر لوجود فعله لذلك كان لابد من اشتراط التعدي بفعله فيجب أن يكون متجاوزاً بهذا الفعل حتى ينسب الضمان له.

فعبء الإثبات على المضرور ليثبت في حال المباشرة الفعل والضرر والعلاقة السببية، أما في حالة التسبب فلابد من إثبات الفعل المتعدي فيه والضرر وعلاقة السببية بينهما ففي المباشرة يكون الإثبات أسهل على المضرور لأن ليس عليه إثبات التعدي لأنه غير مشترط أما في التسبب فعليه ذلك.

إذا فالسببية لابد من توافرها فإن انتفت تنتفي المسئولية، كمن يجرح شخصاً لكنه يموت بسبب جلطة فالمباشر هنا غير مسئول عن الموت لأنه لم يكن نتيجة فعله وكمن يحفر حفرة في الطريق العام لكن المضرور يقع بسبب حجر موجود بجانبها فالمتسبب غير مسئول لأنه لم يعثر في الحفرة وفي ذلك قضت محكمة التمييز (إن كون فريقي الدعوى قد أدينا بجريمة مخالفة أحكام قانون النقل على الطرق لا يستلزم اعتبارهما معاً مسئولين بقيمة التعويض ما دام أن المخالفة التي أدينا بها لم تكن هي السبب في حدوث الاصطدام ولا توجد رابطة سببية بين المخالفة ووقوع الضرر)[٢]

---

(١) انظر ما تقدم ص١١٨

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٧٩/١٥٧ تاريخ ١٩٧٩/٤/١١، منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

به محكمة التمييز[1]، وهذا الأمر غير معقول عملياً أيضاً فكيف أن الفعل واجب الإثبات ورابطة السببية مفترضة بمعنى أنه إن حدث ضرر لأحد الأشخاص وأثبت المضرور أن المسئول قد قام بفعل أي فعل وبالتالي يعد مسئولاً عن الضمان، هذا لا يجوز إذ الأصل أن يثبت المضرور الضرر ثم الفعل ثم أن الفعل أدى إلى حدوث الضرر بعد ذلك يكون دور المسئول بدفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي.

ومما يلاحظ على نص المادة ٢٦١ أيضاً أنها أبقت على مصطلحات القانون المصري فيما يتعلق بالقوة القاهرة والحادث الفجائي وزجت بينها بمصطلح الآفة السماوية المأخوذ من الفقه الإسلامي ليظهر أن هذا النص مأخوذ من الفقه الإسلامي والحقيقة عكس ذلك أن هذا النص هو غريب عن الفقه الإسلامي لذلك لابد لنا من تحليله لنعرف مدى اتفاقه مع الفقه الإسلامي والمبادئ العامة المنصوص عليها في القانون الأردني.

الفرع الثاني
وسائل دفع المسئولية

هذه الوسائل التي سوف نتحدث عنها يمكن للمسئول من خلالها أن يدفع المسئولية عن نفسه، وتجدر الملاحظة إلى أن القانون الأردني قد اعتبر أن السبب الأجنبي هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها دفع المسئولية، وذكر تطبيقات لهذا السبب الأجنبي وهي الآفة السماوية والحادث الفجائي والقوة القاهرة وفعل الغير وفعل المتضرر.

---

(١) راجع قرار رقم ٢٠٠٤/٣٢٠١ تاريخ ٢٠٠٥/٢/٨ منشورات مركز عدالة وتمييز حقوق ٢٠٠١/٣١٤٠ تاريخ ٢٠٠٢/٢/١٨ منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق ٢٠٠١/٢٤١٠ تاريخ ٢٠٠١/١٠/٨، منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويفهم من هذه النصوص أن الآفة السماوية هي كل حادث لا دخل لإرادة الشخص فيه وغالباً ما تكون من الأمور السماوية كالبرد والحر والفيضانات، فهذه الحالة تعفى من الضمان إن لم يكن هناك تقصير وأن يكون الضرر قد وقع بفعل هذه الآفة السماوية.

والآفة السماوية بهذا المفهوم هي ما يعرف بالقانون بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي. فلذلك كان الأجدر أن لا يقوم المشرع الأردني بالنص على أشياء متماثلة.

والقوة القاهرة والحادث الفجائي متماثلان أيضاً وهما شيئاً واحداً وذلك على الرغم من محاولات بعض الفقهاء الفصل بينهما إلا أن الرأي الراجح التوحيد بينهما[١]، وحتى يمكن أن تكون القوة القاهرة سبباً للإعفاء من المسئولية فلابد أن تكون غير متوقعة ولا ممكنة الدفع. لأنه لو كانت متوقعة ولم يؤخذ التوقع بالحسبان لكان هناك تقصير، وإن كان بإمكانه دفعها ولم يفعل فيعد أيضاً مقصراً.

أما عن تطبيقات الآفة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي فقد ذكرت المذكرة الإيضاحية مثالاً وهو أن سائق سيارة يفاجأ بطفل يقطع الشارع جرياً فتصيبه، ففي هذه الحالة يكون السائق غير مسئول لأن علاقة السببية منتفية[٢]، والملاحظ على هذا المثال أنه مأخوذ من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري[٣]، وهو مثال غير واضح وكأن هناك عبارة ناقصة منه، ومن التطبيقات التي ذكرها الأستاذ السنهوري في مجال

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ١ص٨٧٦.

(٢) المذكرة الإيضاحية جـ١ص٤٨٧.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ص٣٦٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ألقي لأنه مجرد آله بيد الآخر[1]. والمثال الذي ذكرته المذكرة الإيضاحية والتطبيقات التي ذكرها الأستاذ السنهوري لا يمكن أن تنطبق لأنها كلها حالات من قبيل المباشرة فالمباشر ضامن فيها بغض النظر عن السبب الذي أدى إلى قيامه بالفعل طالما أن فعله هو الذي سبب الضرر طبعاً إن لم يكن هذا السبب فعل شخص آخر أو فعل المتضرر فإننا ندخل حينئذ في تعدد الأسباب.

ثانياً: فعل الغير وفعل المتضرر

هنا لابد أن نحدد أيضاً ما هُوَ السبب الّذي أدى إلى حدوث الضرر إن كان فعل الغير والمتضرر هما اللذانَ أديا إلى حدوث الضرر بمعنى أن المدعى عليه لم يصدر منه فعل في حال المباشرة ولم يكن متعدياً في حال التسبب فإنه لا يكون مسئول أصلاً ليبحث في مسئوليته أما إن صدر منه فعل واشترك فعله مع فعل المدعى عليه فإن هذه الحالة تكون صورة من صور تعدد الأسباب، فبالتالي تبحث في ذلِكَ الموضع وهناك نصوص أخرى تغطيها.

لذلك فإننا نرى أن المادة ٢٦١ مأخوذة من القانون المدني المصري ولا تنسجم مع قواعد المباشرة والتسبب فلابد من الاستغناء عنها أو على الأقل تعديلها لتشمل الحالة الوحيدة الّتي يمكن دفع المسئولية من خلالها والتي ذكرناها سابقاً وهي الحالة الّتي يكون فيها محدث الضرر مجرد آله بيد القوة القاهرة، أو إن أريد إبقاء هذه المادة فلابد من إعادة صياغتها ليفهم منها أن دفع المسئولية في هذه الحالات هُوَ أن يكون الفعل قد صدر بفعل القوة القاهرة أو بفعل الغير أو بفعل المضرور دون أي فعل للمدعى عليه ونعتقد

---

(١) من هذا الرأي الزرقا، الفعل الضار، ص ٩٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

زاد فيه والمادة ٢٦٥ الّتي تحدثت عن توزيع الضمان في حال تعدد المسئولين(١).

إذا حتى نعرف من هُوَ المسئول عن الفعل الضار لابد لنا أن نعلم كيف وقع هذا الفعل فإن كان فعل الأشخاص من نوع واحد بأن كانوا جميعهم مباشرين أو جميعهم متسببين، فالمسئولية بينهم بالتساوي حسب نص المادة ٢٦٥، أما إن اختلف فعلهم بَين المباشرة والتسبب فالضمان على المباشر. ويستوي في كلا الحالين أن يساهم المضرور بفعله في إحداث الضرر بمعنى أنه إن تسبب المضرور بإيذاء نفسه مع المتسبب فيتحمل نصيبه من المسئولية وكذلك الحال لو باشر بإيذاء نفسه، إما إن كان هُوَ المباشر والآخر المتسبب فيتحمل الضمان وحده وسوف نعالج هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول

وحدة عمل الفاعلين بأن كان جميعهم مباشرين أو متسببين

في هذه الحالة فإن الضمان وبحسب المادة ٢٦٥ من القانون المدني يتوزع بينهم بنسبة نصيب كل منهم بإحداث الضرر. وقد أعطت هذه المادة الصلاحية للمحكمة بأن تقضي بينهم بالتساوي أو بالتضامن حسب ما تقدره.

وبالرجوع إلى أحكام محكمة التميز في هذا الموضوع فقد وزعت المسئولية بَين سائقين بنسب مختلفة حسب مساهمتهم في إحداث الضرر

---

(١) نص المادة ٢٥٨ (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر) م٢٦٤ (يجوز للمحكمة أن تنص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر)

م ٢٦٥ (إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار، كان كلاً منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الّذي وقع من كل شخص علماً بأن عدم وضع إشارات تحذيرية هُوَ من قبيل التسبب وسوق القلاب والصدم هُوَ من قبيل المباشرة.

هذا ويستوي أن يكون المضرور مسئولاً عن الضرر بنسبة معينة فيجوز للمحكمة أن تنقص الضمان بقدر مساهمة المضرور، وإن كان فعله هُوَ الّذي أدى إلى حدوث الضرر فإنه هُوَ المسئول الوحيد عنه حيث قررت المحكمة (أنه وإن كان الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع مسئولية المسئول في الخطأ المشترك إلا أنه إن تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هُوَ العامل الأول في إحداث الضرر الّذي لحق به وأن الخطأ قد بلغ من الجسامة درجة يتضاءل معها خطأ الآخر فتصبح دعوى التعويض المقامة على الآخر واجبة الرد) (١). والملاحظ على هذا القرار أن المحكمة عالجت هذه المسألة في إطار الخطأ ولم تعالجها في إطار المباشرة والتسبب وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز لم تميز في الكثير من قراراتها بَين المباشرة والتسبب في إحداث الضرر بمعنى أنها تحمل المسئولية لكل شخص ساهم فعله في إحداث الضرر بغض النظر عن طبيعة هذا الفعل وعن مساهمته في إنتاج الضرر وكأنها تحاول الأخذ بنظرية تعادل الأسباب على الرغم من أن القانون ومذكرته الإيضاحية لم يشيرا إلى ذلِكَ لا من قريب ولا من بعيد ومن أمثلة ذلِكَ ما جاء في أحد قراراتها (يعد فعل مورث المميز ضدهم من خطأ، المتمثل بدخول البلاد بصورة غير مشروعة يعد اشتراكاً من جانبه بإحداث الضرر) (٢).

---

(١) تمييز حقوق ١٩٧٩/٢١٦ تاريخ ١٩٧٩/٧/٩ المنشور علَى الصفحة ١٦٨٦ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩.

(٢) تمييز حقوق ١٩٩٩/٢٩٦٤ تاريخ ٢٠٠٠/١/١٩ منشورات مركز عدالة وأيضاً تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٢٠٢١ تاريخ ١٩٩٩/٩/١٤ المنشور علَى الصفحة ١٨٤٠ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني

اختلاف عمل الفاعلين بأن كان بعضهم مباشراً والآخر متسبباً

إن وقع الضرر وكان أكثر من شخص قد شارك بفعله في إحداث الضرر وكان بعضهم مباشراً والآخر متسبباً ففي هذه الحالة كانت المادة ٢٥٨ صريحة وتبنت ما أجمع عليه الفقه الإسلامي بأن الضمان على المباشر.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال (إن كان المجني عليه يقوم بإشعال الحرائق خارج المنزل.... وشبت النيران في وجهه، وأن البينة دلت أن المجني عليه هُوَ من قام بإشعال النار، ولم يرد من خلال تلك البينة ما يثبت وجود مواد قابلة للاشتعال في الخزان العائد للمميز ضدها وأثبتت البينة أن المضخات في الخزان تشغل بواسطة الكهرباء ولا يستعمل الوقود من أجل تشغيلها، فإن ما لحق بالمجني عليه من ضرر لا علاقة للمميز ضدها به ولا يوجد أي خطأ من جانبها يوجب الضمان) (١). ونحن نتفق مع هذا القرار نتيجة إلا أننا نخالفه تبريراً وتسبيباً ذلكَ أن هذه حالة واضحة فهي اجتماع مباشر ومتسبب فالحكم يضاف إلى المباشر.

وهذا حكم آخر فيه مخالفة صارخة لنص المادة ٢٥٨ حيث تقول محكمة التمييز (إن كان يوجد أسلاك معراة فوق منزل المدعي كانت السبب الّذي أفضى مباشرة إلى موت ولدهما بالصعقة الكهربائية الّذي أعقبت الملامسة، فإن الحكم يترتب على المتسبب إعمالاً بالمذكرة التفسيرية للقانون المدني الأردني فيما يتعلق بالمادة ٢٥٨ منه)(٢). فواضح من هذا القرار أن

---

(١) تمييز حقوق ٢٠٠٤/٣٢٠١ تاريخ ٢٠٠٥/٢/٨ منشورات مركز عدالة.

(٢) تمييز حقوق ٢٠٠٢/١٩٧٩ تاريخ ٢٠٠٢/٨/٢١ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وذلك على الرغم من أن المذكرة الإيضاحية قررت أن التضامن تأباه ظاهر القواعد الفقهية[1]، إلا أنه لم يجعل التضامن حكماً أصلياً إنما مسألة تقديرية للمحكمة، ونحن نؤيد ما ذهب إليه القانون الأردني في هذا المجال ذلِكَ أن كل إنسان يسأل عن فعله ولا يجوز أن نسأله أو نجعله يضمن فعل غيره لكن إذا رأت المحكمة مبررات كأن يكون المسئولون أقارب أو أصدقاء أو بينهم روابط تسهل عليهم الحصول على الضمان من بعضهم البعض، ويصعب على المضرور الرجوع عليهم فرادى جاز للمحكمة أن تحكم بينهم بالتضامن في مواجهة المضرور والانقسام فيما بينهم.

المطلب الثالث

تسلسل النتائج

إن قام الشخص بإحداث ضرر وترتب على فعله مجموعة من الإضرار فهذه الحالة تسمى تسلسل النتائج كأن يقوم أحد الأشخاص بحرمان آخر من سقاية مزروعاته فيترتب على ذلِكَ تلف هذه المزروعات وعدم صلاحية الأرض للزراعة بَعْدَ ذلِكَ مما يؤدي إلى انخفاض سعرها فيترتب عليه إفلاس المزارع لعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته الّذي قد يصاب بجلطة تؤدي إلى وفاته، وبالتالي عدم قدرة أبنائه على متابعة دراستهم لفقدهم المعيل إلى غير ذلِكَ من الإضرار، فهل أن المسئول يضمن هذه الإضرار جميعها.

لقدْ أجابت على ذلِكَ المادة ٢٦٦ الّتي قالت (يقدر الضمان في جميع الأحول بقدر ما لحق المضرور من ضرر أو ما فاته من كسب بشرط أن

---

(١) المذكرات الإيضاحية جـ١ص٢٩٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المروية أصحاب حق بالضمان ويحتسب على أساس قيمة الأرض قبل الاستيلاء أي مروية وقيمتها بَعْدَ الاستيلاء أي غير مروية أما إن كان الاستيلاء على المياه ليس كاملاً فيستحق أصحاب الأرض تعويضاً جزئياً(١).

الخلاصة، إن كل ما يعد بحسب المجرى العادي للأمور نتيجة للفعل الضار فإن الفاعل يكون مسئولاً عنه، أما إن كانت هناك أضرار نتجت عن أسباب أخرى أو اشتركت مع الفاعل أسباب أخرى فإن الفاعل لا يكون مسئولاً عن هذه الإضرار إلا بقدر مساهمة فعله في إحداث الضرر ويمكننا أن نقول إن كل ضرر يتدخل في إحداثه سبب آخر أو أن المضرور كان بإمكانه منع حدوث الضرر باتخاذ احتياطات مناسبة فإن الفاعل لا يكون مسئولاً عن الإضرار في هذه الحالة.

مقارنة بين القانون الأردني والفقه الإسلامي

فيما يتعلق بالعنصر الثالث من عناصر الفعل الضار وهو علاقة السببية نجد أن القانون الأردني قد اقترب من الفقه الإسلامي بدرجة كبيرة باستثناء بعض الأحكام الّتي خالف فيها الفقه الإسلامي وهي فيما يتعلق بالمادة ٢٦١ المتعلقة بوسائل دفع المسئولية إذ كان على القانون الأردني أن يبني حكم هذه المادة على الفقه الإسلامي، كذلك فيما يتعلق بتعدد الأسباب فإن الأمر في القضاء لم يكن منضبطاً في توزيع الضمان كما هو في القانون، وأخيراً فإن القانون الأردني لم يورد كل الاستثناءات على حالة اجتماع المباشر والمتسبب. فيما عدا ذلكَ نجد أحكام القانون الأردني متوافقة مع الفقه الإسلامي ونتمنى على المشرع الأردني تعديل أحكام القانون ليكون التطابق تاماً ونتمنى على محكمة التمييز أن تقوم بتفسير أحكام القانون وتطبيقه بما يتلائم مع المبادئ الّتي قام عليها.

---

(١) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٤/١٩٢١ تاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٧ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

دس السم وضرر هُوَ موت المصاب، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق المسدس لا دس السم فوجد الخطأ ولم توجد السببية[1].

والسببية واجبة الإثبات دائماً ذلكَ أن المضرور يثبت خطـأ المسئول والضرر والعلاقة بينهما وهو في بعض الأحيان قد يلجأ إلى إثبات الخطأ من خلال علاقة السببية أو هُوَ يثبتهما معاً، أما إن كان الخطأ مفترضاً فإنه يثبت علاقة السببية وحدها.

وإثبات هذه العلاقة ينقل الإثبات إلى المسئول الّذي يمكنه إثبات انقطاع علاقة السببية من خلال إثبات السبب الأجنبي، الّذي هُوَ إما قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

الفرع الأول
القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هما كل شيء غير متوقع الحدوث وغير ممكن الدفع ولا يد للمدين في حدوثه، وقد تباينت الآراء في وحدة أو انفصال القوة القاهرة والحادث الفجائي فهناك رأي يرى التفرقة بَين الحادث الفجائي والقوة القاهرة لكن أنصار هذا الرأي لم يتفقوا على معيار لها و رأي

---

(١) ولو طبقنا قواعد المباشرة والتسبب على هذا المثال لكان من دس السم متسبب وهو متعد بوضع السم أما من أطلق الرصاص فهو مباشر وإذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر وهو مطلق الرصاص، مع الأخذ بعين الاعتبار أن لو كان السبب مما يعمل بانفراده لو لم توجد المباشرة لاشترك في الضمان مع المباشر، وهنا هذا المتسبب المتعدي لو كان السم كافياً لقتل من أكله لو لم توجد المباشرة لضمن مع المباشر.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والاستحالة المقصودة هنا هِيَ الاستحالة المطلقة أما الاستحالة النسبية فلا نؤخذ بها.

هذه الشروط إن توافرت بإمكان المدين أن يثيرها فيعفي نفسه من المسئولية، لكن يثور تساؤل في دفع المسئولية بالقوة القاهرة، فهل ما يدفع المسئولية هُوَ حدوث الضرر بفعل القوة القاهرة أو أن القوة القاهرة هِيَ ما دفعت المدين للقيام بإحداث الضرر بمعنى أنه في بعض الأحيان قد يقع الضرر بالفعل التام للقوة القاهرة كالزلازل مثلاً، وأحياناً أخرى قد تدفع القوة القاهرة الإنسان إلى القيام بفعل يؤدي إلى حدوث الضرر كسائق السيارة الّذي يفاجأ بشيء أثناء قيادة السيارة فينحرف عن مساره ليصدم أحد الأشخاص.

في الحالة الأولى وهي إن وقع الضرر بفعل القوة القاهرة فلا خلاف على إمكانية دفع المسئولية لأنه لا توجد علاقة سببية فيعفى المدعى عليه من المسئولية لأنه لم يكن له أي فعل أو خطأ أدى إلى حدوث الضرر.

أما إذا اشترك خطأ المدعى عليه مع القوة القاهرة بأن كان يقود سيارته مسرعاً وتفاجأ بمسائل غير متوقعة في الطريق ولم يستطع دفعها فصدم أحد الأشخاص، فالرأي أن هذا الشخص يسأل عن الضرر لأن خطأه ساهم في حدوث الضرر ولم يكن هناك آخر يتحمل معه الضرر فيعد مسئولاً عنه وحده.

إن فإننا نرى أن القوة القاهرة الّتي تعفي من المسئولية هِيَ كل حادث غير متوقع الحدوث وغير مقدور الدفع وأن تكون القوة القاهرة هِيَ الّتي أدت إلى حدوث الضرر، أما إن كان هناك خطأ في جانب المدعى عليه فإنه يسأل عن الضرر لأن خطأه ساهم في إحداث الضرر.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الأولى: أحد الخطأين يفوق الآخر جسامة. وهذه الحالة لا تتصور إلا إن كان أحد الخطأين عمدياً أو أن المضرور يرضى بما وقع عليه من الضرر. وفي الحالة الأولى والتي يكون فيها أحد الخطأين متعمداً فالعدل والمنطق القانوني يقضي بأن صاحب الخطأ المتعمد هُوَ المسئول فلو تعمد سائق صدم أحد المشاة الّذي يقطع الشارع في غير الأماكن المخصصة فالسائق مسئول مسئولية كاملة عن خطئه على الرغم من خطأ المضرور والعكس صحيح. فإذا ما تعمد أحد المشاة إلقاء نفسه أمام سيارة تسير في اتجاه خاطئ فالسائق لا يسأل عن الضرر.

وكذلك الحال بالنسبة لرضى المضرور بالضرر فإنه يرفع المسئولية ن كان المضرور عالماً بالضرر وراضياً به، أما مجرد الرضى بالضرر دون العلم بماهيته فإنه وإن كان لا يرفع المسئولية إلا أنه يخفف منها، فالرضى الّذي يرفع المسئولية هُوَ الرضى المبني على العلم التام بالضرر طبعاً هذا بشرط ألا يكون هناك خطأ متعمد أو جسيم في جانب المسئول لأن هذا الخطأ المتعمد أو الجسيم يجب رضى المضرور. ولأنه يتنافى مع ما يجب أن يقوم به الشخص بواجباته بكل أمانة، فمثلاً المريض الّذي يرضى بإجراء عملية جراحية تنطوي على نوع من المخاطرة ويقوم بها الجراح بكل أمانة ودقة وحسب ما تقضي به أعراف المهنة فإن حدث ضرر على الرغم من بعض الأخطاء الغير مقصودة من الطبيب فلا يكون مسئولاً عنها، أما رضى المضرور بإجراء عملية جراحية مما لا يجوز إجراؤه أو أن الطبيب قام بعمله باستهتار وبعدم مراعاة الأصول والقواعد فإنه يسأل ولا عبرة لرضى المريض إزاء خطأ الطبيب.

الحالة الثانية: أحد الخطأين هُوَ نتيجة لآخر.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المضرور من نفس النوع بأن كانوا مباشرين أو متسببين فالضمان بينهم بقدر مساهمة كل منهم في إحداث الضرر.

إذاً من حيث النتيجة فلا فرق يذكر بَيَّنَ الفقه الإسلامي والقانون المصري. لكن الفرق يتمثل في أسلوب الوصول إلى هذه النتائج ففي الفقه الإسلامي وباستخدام المباشرة والتسبب وما يشترط فيهما من شروط كان الأمر أكثر سهولة من البحث في الخطأ.

الفرع الثالث
خطأ الغير

خطأ الغير الّذي تدفع به المسئولية هُوَ الّذي يأخذ شروط القوة القاهرة بأن يكون غير متوقع الحدوث وغير مقدور الدفع فإن توافرت هذه الشروط يصبح بإمكان المدعى عليه أن يدفع المسئولية عن نفسه بإثبات خطأ الغير لأنه لا يكون مسئولاً عن الضرر لانقطاع علاقة السببية.

أما إن اشترك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير فلا بد من البحث في الاستغراق من عدمه فإن استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه بأن كان متعمداً كان هذا الغير مسئولاً عن الضرر ولا يسأل عنه المدعى عليه والمعول عليه صدور خطأ من الغير أما إن لم يصدر خطأ من المدعي عليه فلا يبحث في مسئوليته لأن المعول عليه في القانون المصري هُوَ صدور الخطأ وإن اشترك خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه دون استغراق نكون أمام تعدد أسباب وهذا ما سوف نبحثه في المطلب الثاني.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المجرى العادي للأمور لتحقيق الضرر، أما السبب العارض فهو الّذي لا يحدث الضرر به وإنما أحدثه عرضاً.

ويأخذ الفقه والقضاء بهذه النظرية فمن سرق سيارة شخص لم يتّخذ الاحتياطات الكافية لمنع سرقتها يكون هو المسئول إن صدم أحد الأشخاص ولا يسأل المالك عن هذه الإضرار لأن عدم اتخاذ الاحتياطات الّتي تمنع السرقة أمر عارض مقارنة بفعل السارق الّذي دهس فهو يعد السبب المنتج.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي(١) قد سبق الفقه الغربي في حل مشكلة تعدد الأسباب ذلك أن التفرقة بين المباشرة والتسبب وإضافة الحكم إلى المباشر هو من قبيل الأخذ بالسبب المنتج لأن المباشرة هي إحداث الضرر بدون واسطة وأن الفعل يؤدي إلى الضرر بحسب المجرى العادي للأمور والمباشرة علة الضرر أما التسبب في إحداث أمر يفضي إلى حدوث الضرر فالتسبب لا يحدث الضرر إنما يوجد ما يحدث بالضرر، وقد أدرك فقهاء المسلمين هذه المسألة وقرروا أنه إن اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، أما إن كانوا كلهم مباشرين أو متسببين فيضاف الحكم إلى السبب القوي كمن وضع حجر وعثر به أحد الأشخاص فوقع في بئر حفرها آخر تعدياً فالضمان على واضع الحجر لأنه صاحب السبب القوي، وإن كانت كل الأسباب بذات القوة فيشترك الجميع في الضمان كما لو اشترك مجموعة أشخاص بقتل واحد فالدية عليهم جميعا.

---

(١) أنظر ما سبق ص٢٠٧ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرغم من مقدرة الدائن علَى توقيها وليست كل الإضرار المباشرة هي الّتي لا يمكن للدائن توقيها.

الخلاصة:

خلاصة البحث في هذا الفصل أن الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني والقانون المدني المصري يتفقون علَى ضرورة توفر رابطة السببية فلا يكفي أن يكون هناك فعل أو خطأ وضرر فلابد أن يكون الضرر نتيجة للفعل أو الخطأ، وفي كل حالة يتم فيها قطع علاقة السببية لا يكون المدعى عليه مسئولاً عن الضرر ورأينا أنهم يشتبهون في وسائل دفع المسئولية إلا أن بعض الاختلاف كان بسبب الاختلاف في الأساس الّذي تقوم عليه المسئوليات في كلا النظامين ففي الفقه الإسلامي والقانون الأردني لا تصلح القوة القاهرة كوسيلة لدفع المسئولية إلا أن يكون الضرر قد وقع بفعلها أو أنها جعلت المدعى عليه مجرد أداة بيدها بينما في القانون المصري تصلح القوة القاهرة كوسيلة لدفع المسئولية إن وقع الضرر بفعلها أو هي الّتي دفعت المدعى عليه لأحداث الضرر لأنه لا يكون قد أخطأ في هذه الحالة.

أما عند تعدد الأسباب فرأينا أن هناك اتفاقاً في النتائج بمعنى البحث دائماً عن السبب الأقوى والذي أنتج الضرر وإغفال غيره لكن الاختلاف كان في الوسائل المؤدية إلى هذه النتائج.

وأخيراً وفيما يتعلق بتسلسل النتائج فلا خلاف يذكر في هذا المجال فسواء في الفقه الإسلامي والقانون الأردني أو في القانون المصري فالمدين مسئول عن كل الإضرار الّتي تكون بحسب المجرى العادي للأمور ناتجة عن فعله الّذي أدى إلى حدوثها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الباب الثاني
أحكام مسئولية المباشر والمتسبب وتطبيقاتها

تمهيد وتقسيم

بعد أن انتهينا في الباب الأول من الحديث عن القواعد العامة والشروط اللازمة لقيام مسئولية المباشر والمتسبب، سوف نقوم في هذا الباب بتتبع تطبيقات هذه المسئولية في فروع وصور المسئولية الأخرى الّتي نص عليها القانون الأردني لنتبين مدى تمسك القانون الأردني بهذه الأحكام العامة، ثُمَّ بعد ذلك نتحدث عن الأحكام الّتي ترتبها هذه المسئولية، لذا فسوف نقسم هذا الباب إلى فصلين الأول للحديث عن تطبيقات المباشرة والتسبب والثاني للحديث عن أحكام مسئوليتهما.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الأول
تطبيقات المباشرة والتسبب

تمهيد وتقسيم

إن عموم المباشرة والتسبب يجعلها تتسع لكثير من التطبيقات، ولا نبالغ إن قلنا لو أن النص كان على المباشرة والتسبب وحده لشمل وجمع كل ما يتعلق بالمسئولية التقصيرية إذ أن كل الأفعال الّتي تلحق أضراراً بالغير أما أن تقع على سبيل المباشرة أو على سبيل التسبب، لكن ولأن القانون وبعد أن قرر القواعد العامة في المباشرة والتسبب نص على صور وأحوال للفعل الضار فرأينا تتبع هذه التطبيقات للتحقق من مدى التزام القانون المدني الأردني للقواعد العامة الّتي قررها بشأن المباشرة والتسبب لهذه الغاية فسوف نقسم هذا الفصل إلى عدة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: استعمال الحق والتعسف فيه.

المبحث الثاني: المسئولية عن الأعمال الشخصية.

المبحث الثالث: المسئولية عن عمل الغير.

المبحث الرابع: المسئولية عن الأشياء.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الأول
استعمال الحق والتعسف فيه في الفقه الإسلامي

من الأمور الّتي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة مسألة الحقوق، وتعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من أهم نظريات الفقه الإسلامي، لذلك فسوف نتعرف عَلى تعريف الحق وأقسامه في الفقه الإسلامي ثُمَّ نتحدث عن استعمال الحق والتعسف فيه.

الفرع الأول
معنى الحق وأقسامه

الحق في اللغة خلاف الباطل، والحق من أسماء الله تَعالى، أما في اصطلاح الفقهاء فهو يأتي بمعنيين، الأول هو الحكم المطابق للواقع ويطلق عَلى الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها عَلى ذلك ويقابله الباطل، والمعنى الآخر أن يكون بمعنى الواجب الثابت وهو قسمان حق الله وحق العبد(١).

أما حَق الله فهو ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تَعالى، لعظم خطره، وشمول نفعه، أو كما قال ابن القيم: حق الله، ما لا مدخل للصلح فيه، كالحدود والزكوات والكفارات وغيرها.

---

(١) الموسوعة الفقهية جـ١٨ص٧، عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه دار الفكر العربي، ١٩٩٥ ص ١٩٨ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني

استعمال الحق في الفقه الإسلامي

إن كان الإنسان قد استعمل حقه ولم يحدث هذا الاستعمال ضرراً لأحد لا تثور أية مشكلة ولا يبحث في أسلوب الاستعمال، أما إن حدث ضرر نتيجة استعمال الحق فما مدى مسئولية صاحب الحق عن الضرر الّذي ينتج عن استعماله لحقه.

قبل البحث في هذه النقطة نقول أن الإنسان إن خرج عن حدود حقه أصبح معتدياً أو متعدياً فيندرج فعله تحت إطار الفعل الضار لأنه ليس له حق أصلاً بالفعل الّذي قام به، أما التعسف فهي تعالج مسألة استعمال الحق ابتداءً أي أن الشخص يكون صاحب حق واستعمل هذا الحق ونشأ عنه الضرر هنا يبحث في التعسف من عدمه ولا يهم بعد ذلك نوع الحق الّذي استعمله أي أن نظرية التعسف أشمل من المسئولية عن الفعل الضار لأنها تشمل جميع أنواع الحقوق.

لقد انقسم فقهاء المسلمين إلى ثلاثة مذاهب فيما يتعلق بأسلوب استعمال الحق وضمان الإضرار الّتي تنشأ عن هذا الاستعمال.

المذهب الأول:

ذهب أبو حنيفة والشافعي والظاهرية وبعض المالكية، وهو ظاهر الرواية والقياس عند الحنفية إلى أن الإنسان له مطلق التصرف في حقه ضمن حدوده الشرعية لا يقيده قيد ولا يحده حد ولو أدى استعماله لحقه إلى ضرر غيره ولا ضمان عليه لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يبني في حقه ما شاء من حمام أو فرن أو رحى أو كمر أو غير ذلك[١]، ولكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب[٢].

أما المالكية فقد ورد أن من رفع جداره فمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح فقد روى ابن نافع عن مالك في المجموعة لا يمنع من ذلك وقاله ابن القاسم[٣].

المذهب الثاني

وذهب إليه أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة والمالكية وقالوا بأن حرية التصرف في الملك مقيدة بعدم الإضرار ضرراً فاحشاً، أما إن كان ضرراً غير فاحش فيجوز له التصرف.

ومن أمثلتهم في هذا المجال:

لو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحا للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز، لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه[٤] وبهذا أيضاً أخذت مجلة الأحكام العدلية حيث نصت المادة ١٢٠٠ (يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان، مثلا لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء أو أحدث في جانبها فرن أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى

---

(١) المحلى، جـ٧ص٨٦.

(٢) المرجع السابق جـ٧ص٨٥.

(٣) المنتقى جـ٦ص٤١.

(٤) تبين الحقائق جـ٤ص١٩٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أحمد أنه قال(كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلكَ فإن أجاب وإلا جبره السلطان، ولا يضر بأخيه في ذلِكَ وفيه مرفق له) [١] وجاء قول الإمام أحمد تعليقاً على أن سمرة كان له نخل في حائط أنصاري، فآذاه بدخوله، فشكاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لسمرة بعه فأبى، فقال ناقله فأبى، فقال هبه لي ولك مثله في الجنة فأبى، فقال أنت مضار اذهب فاقلع نخله[٢].

وخلاصة الرأي في استعمال الحق والتعسف فيه كما لخصه الشيخ علي الخفيف بقوله(إن فعل المباشر إن كان فعلاً ضاراً ترتب عليه الضرر ألزم فاعله التعويض مطلقاً، لأنه فعل محظور أضر بغيره ضرراً يجب رفعه شرعاً، وهذا هُوَ حكم كل فعل يضر بغير فاعله، ولا يمكن أن يكون الفعل الضار حقاً يباشره فاعله وهو حق له، إذ أن قواعد الشريعة تأبى ذلِكَ أما ما يعد من الأفعال حقاً لفاعله فقد يترتب عليه الضرر لعدم التزام فاعله في إحداثه حدوده الشرعية الّتي رسمها الشارع لتحقق شرعيته وفي هذه الحال يخرج عن أن يكون حقاً ويتمحض اعتداء ويجب التعويض عنه فيما يترتب عليه من ضرر، وقد يترتب الضرر عليه لأمر يتعلق بطريقة مباشرته، والانتفاع به لا لأمر يرجع إلى شرعيته في ذاته وذلك ما أوجب فيه الفقهاء أن يكون استعمال الحق فيه سبيلاً إلى تحقيق المصالح وجلبها ودفع المفاسد وتجنبها، سبيلاً يقوم فيه النظر إلى المجتمع وإلى الفرد باعتباره جزءاً منه.... وأنه إن كان في مباشرته لحق من حقوقه ضرر بغيره وجب عليه أن يوازن بينَ مصلحته المشروعة والمضرة الّتي تترتب على استعماله له، فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما

---

(١)ابن مفلح، الفروع جـ٤ص٢٨٦، ابن رجب القواعد ١٤٩.

(٢)ابن مفلح، الفروع جـ٤ص٢٨٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فهو ضامن على الرغم من عدم تعديه لأن الضمان في المباشرة لا يشترط فيه التعدي.

المطلب الثاني
استعمال الحق والتعسف فيه في القانون المدني الأردني

في هذا المطلب سوف نقسمه إلى قسمين الأول نخصصه للحديث عن استعمال الحق والثاني عن إساءة استعمال الحق.

الفرع الأول
استعمال الحق

لم يُعرف القانون المدني الأردني الحق تاركاً هذه المهمة للمذكرات الإيضاحية الّتي بدورها عرفت الحق بأنه كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته[1] وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف هُوَ ذات التعريف الوارد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري[2] وقد فرقت هذه المذكرة ومن

---

(١)المذكرات الإيضاحية جـ١ص٨٣.

(٢)الأعمال التحضيرية جـ١ص٢٠١ والملاحظ أن القانون المدني الأردني في صياغته للمذكرة الإيضاحية للمادة ٦٦ والمتعلقة بإساءة استعمال الحق قد استفاد واعتمد بشكل حرفي على مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري وخصوصاً المذكرة=

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المادة ٦٢(لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال) المادة ٦٣(الاضطرار لا يبطل حق الغير) والمادة ٦٤(درء المضار أولى من كسب المنافع) والمادة ٦٥(يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف).

ومن خلال قراءة هذه المواد مع بعضها البعض نجد أن القاعدة العامة لاستعمال الحق في القانون المدني الأردني هي أن كل من يستعمل حقه وفقاً للأصول والأسس المقررة في القانون فإنه لا يضمن الضرر الّذي يلحق بالغير من حيث المبدأ، وبالرجوع إلى المواد الّتي تلي هذه المادة نجد أنها قيدت هذه القاعدة العامة بأن استعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالآخرين لأن اللاحق يقيد السابق فيمكن أن نقول أن الجواز الشرعي المقيد بعدم الإضرار بالآخرين ينافي الضمان، إذاً وحسب هذه النصوص فإن الإنسان له مطلق الحرية باستعمال حقه طالما لم يضر بغيره فإن أضر بغيره وجب مراعاة المواد التالية للمادة ٦١ طبعاً الكلام هنا عن الّذي يستعمل حقه دون أن يقصد الإضرار بغيره وأن يستعمله وفقاً لما هُوَ مرسوم له، لأن القول بعكس ذلِكَ يخرجنا من دائرة المشروعية إلى دائرة عدم المشروعية فبالتالي لا نكون أمام استعمال الحق إنما أمام فعل ضار فإن كان هناك استعمال للحق وفقاً لما قرره القانون ومع ذلِكَ حدث ضرر للغير فوجب أن نعمل القواعد التالية:

أن الجواز الشرعي ينافي الضمان بمعنى أن الأصل عدم ضمان الإضرار في حال استعمال الحق لأن الأصل أن لا يحدث الضرر في استعمال الحق إن استعمل كل شخص حقه وفقاً لما هُوَ مقرر وإن حدث وحصل الضرر نتيجة استعمال الحق ولم يكن صاحب الحق في استعماله لحقه متعسفاً أو مسيئاً لأنه إن توافر أحد معايير التعسف ننتقل من دائرة المشروعية إلى دائرة عدم المشروعية، نقول إن حدث الضرر من استعمال

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الأول مسجلة باسم سلطة المياه فاستعملت السلطة ملكها المسجل باسمها أما في الحكم الثاني فلم تكن المياه مسجلة باسمها إذ استولت عليها السلطة من أجل تقديم مياه الشرب للمواطنين ففي الحالة الأولى يكون الجواز الشرعي ينافي الضمان وفي الثانية يكون الاضطرار لا ينافي حق الغير.

ومن التطبيقات الأخرى فقد قضت محكمة التمييز بالضمان على مصنع الإسمنت بسبب سقوط مخلفاته نتيجة التشغيل واعتبرته فعلاً ضاراً يستوجب الضمان، على الرغم من أن المصنع قد حصل على ترخيص وتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً وقد قالت المحكمة (لأن حريتها في التصرف- أي الشركة- مقيدة بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين، وأن تصرف المالك بملكه بشكل ضار بالغير يعد تعدياً وموجباً للضمان)(١) وأكثر من ذلكَ فقد اعتبرت المحكمة أنه وإن كان مصنع الإسمنت مشروعاً اقتصادياً ويحقق نفعاً عاماً، فإن ذلكَ لا يسبغ المشروعية على ما يحدثه من ضرر للغير بسبب استعماله(٢) ويمكن إدراج هذه الأحكام تحت قاعدة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال.

وقد اعتبرت المحكمة أيضاً أن حق اللجوء إلى القضاء رخصة وأنه لا يترتب على استعمالها تعويض الخصم عما لحقه من ضرر في حال خسران الدعوى إلا إذا استعملت هذه الرخصة بسوء نية أو بقصد الكيد والتعدي(٣) وفي قضية أخرى قام مجلس الخدمات المشتركة باستخدام أرض

---

(١)تمييز حقوق ٢٠٠٣/٢٧٣٤ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٩ منشورات مركز عدالة. وأيضاً ٢٠٠٣/١٨١٥ تاريخ ٢٠٠٣/١١/٤ و ٢٠٠٣/١٥٧١ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٣منشورات مركز عدالة.

(٢)تمييز حقوق ٢٠٠٢/٨٧٢ تاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٣ منشورات مركز عدالة.

(٣)تمييز حقوق ٢٠٠٤/٣٨٦٦ تاريخ ٢٠٠٥/٣/١٠ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كان هناك جواز شرعي والدليل على ذلكَ قرارات محكمة التمييز المتعلقة بشركة الإسمنت، حيث أن المحكمة ألزمت الشركة بالضمان على الرغم أنها تستعمل حقها المشروع بموجب الترخيص الممنوح لها فتطاير الغبار الناتج عن المصنع هُوَ الّذي ألحق الضرر مباشرة بالأراضي المحيطة فألزم هذا المصنع بالضمان لأن فعلاً ضاراً حدث نتيجة استعمال الحق. أما إن تسبب صاحب الحق بالضرر وهي الصورة الأشهر والأكثر وقوعاً فكما هُوَ معلوم فإن شرط الضمان بالتسبب هُوَ التعدي فإن كان المتسبب متعدياً فعليه الضمان، حتى ولو كان يستعمل حقه لأنه في هذه الحالة أي في حالة التعدي قد أصبح متعسفاً في استعمال الحق وبهذا يمكننا أن نقول أن التعسف في استعمال الحق ما هُوَ إلا صورة من صور الضمان بالتسبب وهذا ما سوف نثبته من خلال دراسة التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعمال الحق كما سماه القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني

إساءة استعمال الحق.

لقد أوجبت المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، وحددت هذه المادة حالات الاستعمال غير المشروع للحق فجاء نصها في فقرتين هما كما يلي:

(١-يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ-إن توفر قصد التعدي.

ب-إن كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إن كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التمييز فتنطبق عليه المادة ٢٩٢ فيكون استعماله مقيداً بشرط السلامة وهذا ما لا يمكن لأن المحكمة سوف تحكم على المدعي عليه وبالتالي قد يتضرر من الحكم ولا يكون من رفع الدعوى مطالباً بضمان هذا الضرر إن استعمل الدعوى كما يجب.

إذا إساءة استعمال الحق المقصود بالمادة ٦٦ هُوَ الإساءة الّتي تقع نتيجة استعمال الحق الخاص بصاحبه دون غيره. والإساءة هِيَ في استعمال الحق أما تجاوز حدود الحق المرسومة قانوناً فيكون هذا من قبيل الاعتداء والتجاوز عن الحق وهو مضمون مطلقاً.

وقد وضعت المادة ٦٦ أربعة معايير يعد فيها إساءة لاستعمال الحق:

المعيار الأول إذا توفر قصد التعدي:

وقد قالت المذكرة الإيضاحية عن هذا المعيار أنه استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير والمعيار في هذا معيار شخصي[1] وهي حالة من الحالات الّتي قال بها فقهاء المسلمين، لكن يلاحظ أن هناك اختلافاً في المصطلحات المستخدمة بين القانون والمذكرة الإيضاحية حيث ذكر القانون توفر قصد التعدي وذكرت المذكرة الإيضاحية قصد الإضرار، وبهذا يكون معنى التعدي المقصود بالمادة التعدي على الغير بإحداث الضرر بغض النظر عن الأسلوب الّذي يتم به هذا التعدي المهم هُوَ النتيجة وهي حدوث الضرر بفعل مقصود من صاحب الحق فيصدق في هذا المقام تعريف الأستاذ الزرقا للتعدي وهو المجاوزة إلى حق الغير المعصوم[2] والنية والقصد يستدل عليها

---

(١) المذكرات الإيضاحية جـ١ص٨١

(٢) الزرقا، الفعل الضار ص٧٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

استعمال حقه لمصلحة غيره يجب له التعويض العادل إن لحق به ضرر أو فاته نفع مشروع)

أما المعيار الأخير وهو تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة:

فقد ورد هذا المعيار أو الضابط في القانون دون أي تعليق من المذكرة الإيضاحية، وهي حالة لم ينص عليها القانون المصري، ويبدو أن القانون الأردني قد أراد من هذا المعيار إطلاق يد القاضي في منع استعمال الحق بأي صورة أو وجه إن ترتب عليه ضرر، تاركاً المجال لتطوير معايير أو ضوابط التعسف بحسب ما يجري عليه العرف والعادة في أي مكان وزمان.

ومن التطبيقات القضائية فيما يتعلق بإساءة استعمال الحق، قضت محكمة التمييز بأن استعمال مجلس أمانة العاصمة لحقه في تنفيذ مشروع نفق هو استعمال مشروع للحق وفيه نفع للمصلحة العامة، وهو تصرف ليس فيه إضرار بأحد بحد ذاته، لذلك لا تضمن الإضرار الّتي تحدث للغير نتيجة لتنفيذ هذا المشروع[1] وفي قضية أخرى قررت المحكمة وأنه وإن كان للشريك في الشركة الانسحاب منها إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً إنما هُوَ مقيد بعدم الانسحاب في وقت يضر بالشركاء لأنه إن حدث فإن الشريك المنسحب يعد متعسفاً في استعمال حقه[2] وفي كثير من القضايا حكمت المحكمة بعدم

---

(١) تمييز حقوق ٢٠٠٤/٨٧٨ تاريخ ٢٠٠٤/٨/٨ منشورات مركز عدالة وفي ذات المعنى القرارات ٢٠٠٤/٦٤٩ تاريخ ٢٠٠٤/٧/٢١ منشورات مركز عدالة، تمييز حقوق ٢٠٠٢/٩٢٤ تاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٥وتمييز حقوق ٢٠٠١/٢٤٥٩تاريخ ٢٠٠١/١٠/٢٨.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٩٨/٦٥٣ تاريخ ١٩٩٨/٤/٢٢ المنشور علَى الصفحة ٣٦٥٢ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذه الأفعال لا تنتج الضرر بحد ذاتها إنما هوَ سبب لحدوثه فيحدث الضرر عند حدوثها لا بحدوثها، فلم تقض المحكمة بالضمان إلا بشرط التعدي.

وبهذا يكون القانون المدني الأردني قد اتفقت أحكامه فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الضار والمسئولية الناشئة عن استعمال الحق.

المطلب الثالث
استعمال الحق والتعسف فيه في القانون المدني المصري

لقد عالج القانون المدني المصري الحق والتعسف فيه في المادتين الرابعة والخامسة منه حيث نصت المادة الرابعة(من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ من ذلكَ من ضرر) والخامسة(يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ- إن لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب- إن كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إن كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).

وتعتبر هذه النصوص أول نصوص عامة يضعها القانون المصري في نظرية التعسف في استعمال الحق حيث كان الأمر يقتصر على تطبيقات مختلفة دون أن تكون هناك صياغة لنظرية عامة[١] وقد استفاد القانون المصري من الفقه الإسلامي في صياغته لنظرية التعسف في استعمال الحق وجمع بين المعيار الشخصي والموضوعي في معايير هذه النظرية.

---

(١) الأعمال التحضيرية جـ٢ص٢٠٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المعيار الثالث: إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة والمعيار هنا أيضاً موضوعي لا شخصي كما توحي الصياغة إن البحث عن الهدف أو الغرض من استعمال الحق إن كان مشروعاً أم لا أي متفق مع القوانين والنظام والآداب العامة أو غير متفق معها بغض النظر عن نية صاحب الحق فرب العمل الّذي يعاقب الموظف لحثه على إنجاز معاملة غير متفقة مع القانون يكون متعسفاً بغض النظر عن نيته من إنجاز هذه المعاملة. وصاحب الأرض الّذي يقوم بتجريف أرضه من أجل الوصول إلى المياه الممنوع استخراجها في القانون إلا وفق شروط معينة يعد متعسفاً حتى ولو كان قصده سقاية مزروعاته.

على الرغم من أن القانون المصري لم يعرف المباشر والمتسبب وقد أقام المسئولية التقصيرية على أساس شخصي متمثل بخطأ واجب الإثبات، إلا أنه وفي التعسف باستعمال الحق قد اقترب أكثر من الجانب الموضوعي المتعلق بإزالة الضرر والحكم على صاحب الحق بالتعسف فاستخدم المعايير الموضوعية أكثر من المعيار الشخصي، الّذي لم يغفله أيضاً.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

جديدة فيما يتعلق بشروط الضمان بالمباشرة والتسبب إنما ترك الأمر على ما هو في النصوص العامة الّتي بحثت في مسئولية هؤلاء .

وما جاءت به هذه النصوص يتعلق بكيفية الضمان فقط فقد تضمنت هاتان المادتان الأحكام التالية:

- إن المال الواجب دفعه في الجناية على النفس وما دونها ليس مكلفاً به الجاني وَحْدَهُ إنما يكون على عاقلته أو قد يكون على الجاني وَحْدَهُ.

- أكدت المادة ٢٧٣ على قيام مسئولية عديم التمييز حتى في حال الجناية على النفس ولم تفرق بين المباشرة والتسبب مما يؤكد وجهة نظرنا أنه وبحسب أحكام القانون الأردني فإنه عديم التمييز مسئول دائماً.

- أضافت المادة ٢٧٤ على الجاني المسئولية عن التعويض أيضاً في حال ارتكابه فعلاً ضاراً أي أن هذا التعويض هُوَ إضافة إلى المبلغ الّذي يدفع بموجب المادة ٢٧٣. والمستحقين له هم المجني عليه أو الورثة الشرعيين أو لمن كان يعولهم المجني عليه وحرموا من ذلِكَ بسبب الفعل الضار.

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لبيان قصد القانون من هاتين المادتين وجدناها شرحتهما بكلام عام حيث قالت (١- رؤي التفريق بين المال الّذي يجب بسبب الجناية، وهو الدية،أو الإرش، أو حكومة العدل وبين التعويض عن الضرر، ففي الحالة الأولى إنما يستحق الدية عن النفس أو ما دونها للمجني عليه أو الورثة الشرعيين حسب الأحكام الشرعية وفي الحالة الثانية يجوز للمتضررين المشار إليهم ولو من غير الورثة أن يطالبوا بالتعويض على قدر ما أصابهم من ضرر حسب ما ذكر في المادة(٢٦٧) من

= المادة ٢٧٤(رغماً عما ورد في المادة السابقة، كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم، وحرموا من ذَلِكَ بسبب الفعل الضار)

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطالبة به ينتقل إلى الورثة) [1] وهذا الحكم الصادر عن محكمة التمييز بهيئتها العامة قالت فيه(يستفاد من صراحة نص المادة ٢٧٤ من القانون المدني، أن من حق ورثة المتوفى المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم نتيجة موت مورثهم، وأن العلة من ذلكَ هيَ فقد المعيل وحرمانهم من هذا المعيل الّذي كان يتولى إعالتهم والإنفاق عليهم، واستقر الاجتهاد القضائي على أن التعويض الّذي يطالب به ورثة المتوفى عن الضرر الّذي لحق بمورثهم نتيجة الفعل الضار الّذي وقع عليه استناداً لأحكام المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمواد ٢٥٦، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٧٤ من القانون المدني لا يعد من تركة المتوفى وإنما هُوَ ضرر شخصي لأنه لم يكن داخلاً في ذمة المتوفى قبل وفاته)[2]

ودعوى الدية بحسب النظام القضائي الأردني هيَ من اختصاص المحاكم الشرعية على ما قضت بذلك الفقرة ١١ من المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية[3].

وباستقراء ما ذكرناه سابقاً يمكن تلخيص موقف القانون والقضاء في الأردن حيال الأذى الواقع على النفس أو ما دونها بما يلي:

- لم يغير القانون الأردني ما يتعلق بأحكام مسئولية المباشر والمتسبب إذا وقع الفعل الضار على النفس أو ما دونها إنما بقيت ذات الأحكام الّتي تحدثنا

---

(١)تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٢٨١٧ تاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٠ منشورات مركز عدالة.

(٢)تمييز جقوق رقم ٤٤٣٥/ ٢٠٠٣تاريخ٢٠٠٤/٥/٢٦ قرار صادر عن الهيئة العامة منشورات مركز عدالة.

(٣)قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ المنشور علَى الصفحة ٩٣١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١١/١ وقد جاء هذا النص كما يلي(طلبات الدية والإرش إذا كان الفريقان مسلمين وكذلك إذا كان أحدهما غير مسلم ورضيا أن يكون حق القضاء في ذَلِكَ للمحاكم الشرعية).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالات، ولما بحثنا في قانون العقوبات الأردني عن هذه الحالات أيضاً لم نجدها بل على العكس فلم يتحدث قانون العقوبات الأردني عن حالات دية أو قصاص إنما نجده يتحدث عن عقوبات وضعية متمثلة في السجن أو الإعدام والأشغال الشاقة[١]، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي الأصل التاريخي للقانون المدني الأردني نجد أن هناك تفصيلاً في الجناية الواقعة على النفس أو ما دونها، فإن الدية أو الإرش تجب فيهما في حالة القتل الخطأ والقتل شبه العمد أما العمد ففيه القصاص كأصل واستثناء قد تجب الدية في حال العفو عن القصاص أو موت الجاني[٢] وكذلك الحال بالنسبة للإرش، والملاحظ أن القانون الأردني لم يحو هذه التفصيلات.

٢- لقد حمّل القانون المدني الأردني المال الواجب في الجناية على النفس وما دونها للعاقلة أو الجاني وهذا أيضاً فيه خروج على قواعد الفقه الإسلامي، لأن العاقلة لا تحمل الدية دائماً ففي أحوال يحملها الجاني وحده، أضف إلى أن القانون لم يحدد حالات حمل الدية من العاقلة وحالات حملها من الجاني.

٣- والمخالفة الثالثة هيَ أن القانون المدني الأردني قد أوجب في المادة ٢٧٤ على الجاني مبالغ إضافية تزيد عن الدية وتكون هذه المبالغ بمثابة تعويض للورثة وغيرهم ممن كان يعولهم المجني عليه. ولا شك أن هذه المخالفة هيَ أشد المخالفات للفقه الإسلامي إذ أنه في حالة الدية أو الإرش فلا يجب غيرهما ولا يجوز دفع أي مبلغ إضافي[٣] وقد كان هذا موقف محكمة التمييز

---

(١) راجع قانون العقوبات الأردني.

(٢) الموسوعة الفقهية جـ٢١ ص٤٨

(٣) راجع الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي/ القسم الثاني الكفالة والديات ص ١٥٩ وما بعدها، الموسوعة الفقهية جـ٢١ ص ٨٦ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني

إتلاف المال

لقد عالج القانون المدني الأردني موضوع إتلاف المال في المواد ٢٧٥-٢٧٨ أي في أربعة مواد[1] وباستعراض هذه المواد نجد الملاحظات التالية:

١- لم تتضمن هذه المواد أحكاماً جديدة فيما يتعلق بمسئولية المباشر والمتسبب إنما أكدت على مراعاة الأحكام العامة لمسئوليتهما.

٢- أكدت هذه المواد على ضمان عديم التمييز ولم تفرق بين المباشر والمتسبب.

٣- إن هذه المواد تعلقت بأسلوب الضمان في حال إتلاف المال، فالضمان بالمثل إن كان المال مثلياً وبالقيمة إن كان قيمياً، هذا في حالة الإتلاف الكلي، أما في حال الإتلاف الجزئي فالضمان بمقدار النقص إلا إن كان هذا النقص فاحشاً فيخير صاحب المال بين أخذ قيمة النقص أو ترك المال للمتلف وأخذ قيمته كاملة.

---

(١)المادة ٢٧٥(من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة في التضمين)

المادة ٢٧٦(إذا كان الإتلاف جزئياً ضمن المتلف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ ما نقص وإن شاء ترك المال المتلف وأخذ تمام القيمة مع مراعاة الأحكام العامة في التضمين).

المادة ٢٧٧(١-إذا أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ماله ضمن ما أتلف.

٢-أما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا يضمن).

المادة ٢٧٨(إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمها مال غيره لزمه الضمان من ماله).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والملاحظ على هذا الحكم أنه لم يبين حالة ضمان المتلف الّذي أتلف في يد الغاصب إن كان مباشراً أو متسبباً والأرجح أنه تطبق عليه القواعد العامة في الضمان فصاحب المال يعود على المتلف إن كان هذا ضامناً بحسب القواعد العامة للضمان وإلا فينحصر حقه بالرجوع على الغاصب وكذلك الحال إن تصرف الغاصب بالمال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المال المغصوب في يد المتصرف إليه فصاحب المال أيضاً بالخيار إن شاء ضمن المتصرف إليه أو الغاصب(١) وغاصب الغاصب أيضاً حكمه حكم الغاصب وتترتب عليه ذات الأحكام(٢) وإن لحق صاحب المال المغصوب ضرر نتيجة للغصب على الرغم من عودة المال المغصوب له فالمحكمة لها أن تقضي بالتعويض إن رأت مبرراً لذلك(٣) ومن كانت لديه أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها وكذلك السارق وقاطع الطريق يجب عليهم رد ما أخذوه إن أمكن وإلا فيرد مثله أو قيمته إن كان قيمياً(٤) وقد عالج القانون حالة تغير المال المغصوب في يد الغاصب ورتب عليها أحكاماً وجعل حكم كل ما هُوَ مساو للغصب في إزالة التصرف كحكم الغصب(٥)

وإن إفراد الغصب والتعدي بنصوص خاصة به عائد إلى أن هناك تفرقة لدى فقهاء المسلمين بين الغصب والإتلاف، حيث أنهم أفردوا أبواباً خاصة للغصب وأخرى للإتلاف وأهم الاختلافات بين الغصب والإتلاف. أن الغصب هُوَ عبارة عن اخذ المال بغير رضا صاحبه وبلا سبب شرعي حتى

---

(١)المادة ٢٨١ القانون المدني الأردني.

(٢)المادة ٢٨٢ القانون المدني الأردني.

(٣)المادة ٢٨٣ القانون المدني الأردني.

(٤)المادتين ٢٨٥،٢٨٤ من القانون المدني الأردني.

(٥)المادتين ٢٨٦،٢٨٧ من القانون المدني الأردني.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

المسئولية عن فعل الغير

المسئولية عن فعل الغير هِيَ صورة من صور التسبب ذلِكَ أن الإنسان عندما يسأل عن فعل غيره فإن الضرر يكون قد حدث لأنه قصر في حفظ ما هُوَ مسئول عنه فلم يقع الضرر نتيجة هذا التقصير وحده إذاً لا بد أن يقترن به فعل آخر. مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا النوع من المسئولية له أحكامه الخاصة الّتي سوف نبحثها بَعْدَ قليل، لكن من حيث المبدأ فهذه المسئولية تدخل تحت صور التسبب.

لقد نص القانون المدني الأردني على هذا النوع من المسئولية في المادة ٢٨٨ منه والتي شملت مسئولية متولي الرقابة ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعة وقد جاء هذا النص كما يلي:

المادة ٢٨٨(١- لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلِكَ فللمحكمة بناء على طلب المضرور إن رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر:

أ-من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إن أثبت انه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

ب-من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إن كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

٢-ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به)

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

من العناية وهذه لا نقر القانون المدني عليها لأن متولي الرقابة والحالة هذه مقصر لأنه لم يقم بما هُوَ مطلوب منه فالأولي أن يتحمل نتيجة تقصيره.

أما عن مسئولية المتبوع فإن التابع عندما يحدث الضرر بفعله فهُوَ إما مباشر أو متسبب ففي الحالة الأولى فهو مسئول بلا قيد ولا شرط أما في الحالة الثانية فلا بد من تعديه حتى يسأل، فهو المسئول عن أفعاله حتى ولو كان غير مميز لأن الإنسان الأصل أن يقوم بأعماله بطريقة لا يضر فيها بغيره، ومن العدل أن يتحمل المتبوع دفع مبلغ الضمان إن حدثت هذه الإضرار من التابع بسبب تأدية الوظيفة ومن المنطق أن يعود المتبوع على التابع بما دفع لأنه المسئول الأصلي هو الأولى بتحمل الضمان، مع الأخذ بعين الاعتبار أيضاً أن التابع إن كان مكرهاً وكان كالآلة بيد المتبوع فإننا والحالة هذه نقول أن البحث هنا في مسئولية المتبوع على أساس أنه مباشر لأن التابع بيده كالآلة.

أما القانون المدني المصري فقد خصص المادة ١٧٣ منه لمسئولية متولي الرقابة والمادة ١٧٤ لمسئولية المتبوع والمادة ١٧٥ سمحت للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود الّتي يكون في هذا الغير مسئولاً عن حدوث الضرر.

المادة ١٧٤(١- يكون الشخص مسئولاً عن الضرر الّذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفة أو بسببها.
٢-وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه).

المادة ١٧٣(١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

-ومن الملاحظ هنا أن القانون المصري بدأ يميل إلى جانب المضرور بأن اعترف بالمسئولية عن عمل الغير، وأعفى المضرور من عبء إثبات الخطأ في جانب المتبوع أو متولي الرقابة وبهذا يكون القانون المصري قد خالف القواعد العامة الّتي تقيم المسئولية على خطأ واجب الإثبات.

-كما وأنه أي القانون المصري أجاز للمسئول عن عمل الغير في المادة ١٧٥ أن يعود على الغير بالحدود الّتي يكون فيها مسئولاً عن الضرر ونحن نرى أن هذا الحكم فيه عدم انضباط وذلك لأن المسئول عن عمل الغير هُوَ مسئول مسئولية أصلية وليست تبعية(١) وبهذا عندما يدفع مبلغ التعويض للمضرور فيكون قد أدى ما هُوَ واجبٌ عليه فالأصل أن لا يعود على أحد بما أدى. أما السماح له بالعودة على الغير فبهذا تكون مسئوليته مالية وتبعية منحصرة في أداء مبلغ التعويض عن الغير الّذي يعود عليه به وهذا عكس ما قصده القانون بأن جعل المسئولية عن عمل الغير أصلية وليست تبعية ولعل هذا الحكم سببه عدم أخذ القانون المدني المصري بمسئولية عديم التمييز كمسئولية أصلية، فجعل هذه المسئولية على المكلف بمراقبة عديم التمييز فإذا أحدث هذا الأخير ضرراً للغير فلا يسأل عنه هُوَ إنما يسأل عنه المشرف علية وطالما أنه عديم التمييز غير مسئول بداية فيسأل متولي الرقابة كمسئول أصلي، ولا يحق له أن يعود على عديم التمييز لأنه غير مسئول أصلاً، إذاً متولي الرقابة مسئول لأنه قصر في واجب الرقابة، فمن المحتمل أن الضرر وقع من عديم التمييز بدون خطأ منه لكن لوجود تقصير في الرقابة فيسأل المتولي فيُ هذه الحالة.

ونحن نرى أن موقف القانون الأردني في هذا المقام اكثر انسجاماً مع أحكامه العامة إذ أنه قرر أن لا يسأل أحد عن فعل غيره، وعديم التمييز

---

(١)المرجع السابق ص٤٠٧

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

معنى جناية العجماء جُبار أي أن ما يقوم به الحيوان هدر وغير مضمون من أحد وهذه القاعدة أصلها حديث شريف وتقررتِ كقاعدة لدى أهل الفقه.

لكن لو كان هناك شخص واضع يد على حيوان وهو ما عبر عنه القانون الأردني بذي اليد أي هُوَ واضع اليد على الحيوان بأن كان هُوَ القابض على زمامه القائم على تصريفه سواء كان مالكاً أو غير مالك، فذو اليد يتصور أن يقع الضرر من الحيوان الّذي تحت يده بإحدى صورتين الأولى أن يكون هُوَ القائد والموجه للحيوان بأن كان هذا الحيوان كالأداة تحت يده فيكون الضرر على سبيل المباشرة ولا نبحث عن جناية الحيوان، والحالة الثانية أن يقع الضرر بالفعل الذاتي للحيوان فيكون هُوَ المباشر وذو اليد متسبباً، ولأن الحيوان ليس من أهل الوجوب فلا يجوز إضافة الحكم إليه، فلذلك لا بد من أن نبحث عن مسئول وهو المتسبب وكما هُوَ معلوم فإن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي وهذا عين ما اشترطته المادة ٢٨٩ من القانون المدني الأردني الّتي حملت ذا اليد المسئولية في حال تعديه أو تقصيره في حفظ الحيوان، فالقانون الأردني وفي هذه النقطة أيضاً انسجم مع قواعده العامة في شأن المسئولية.

أما القانون المدني المصري فقد نظم مسئولية حارس الحيوان تحت المسئولية الناشئة عن الأشياء وكان ذلِكَ في المادة ١٧٦ الّتي نصت(حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه)؛

والملاحظ على هذه المادة أنها جعلت حارس الحيوان مسئولاً عن كل فعل يحدث به حيوانه ضرراً للغير، والحالة الوحيدة الّتي يمكن أن يدفع الحارس مسئوليته هِيَ إثبات السبب الأجنبي الّتي لا يد له فيه، أي أن هذه

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المسئولية عن انهيار البناء هيَ من قبيل التسبب الّذي يشترط فيه التعدي، وهذا ما نصت عليه المادة٢٩٠/١، لكن الملاحظ عليها أنها جعلت التعدي أو التقصير مفترضاً في جانب مالك البناء أو المتولي عليه ودفعت عنه المسئولية إن ثبت عدم تعديه وكلمة ثبت جاءت مطلقة بمعنى إنه إن أثبت المالك أو ثبت للمحكمة بأي طريقة أخرى بأن مالك البناء أو المتولي عليه كان غير مقصر أو متعد في حفظه لهذا البناء.

وهذا هُوَ حال القانون المدني المصري أيضاً فقد عالج هذه المسئولية في المادة ١٧٧ وبفقرتين كما القانون الأردني الأولى لشروط المسئولية والثانية تدبير احترازي لمنع وقوع الضرر وقد جاء نص الفقرة الأولى(حارس البناء ولو لم يكن مالكه مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه) ومن استعراض هذه المادة نجد القانون المصري قد وافق قواعده العامة بأن جعل الخطأ أساس هذه المسئولية وجعله مفترضاً بأن أعفى المضرور من عبء إثباته وسمح للحارس دفع المسئولية بإثبات عدم الخطأ بأن لم يهمل في صيانته.

ثالثاً: الأشياء والآلات.

تحت هذا العنوان أورد القانون المدني الأردني المادتين ٢٩١و٢٩٢ واللتين نصتا على:

المادة ٢٩١(كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلِكَ من أحكام خاصة)

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للغير فإن الإضرار في هذه الحالة من قبيل التسبب وليس المباشرة فلا بد من التعدي كشرط للضمان في هذه الحالة.

إذا هذه المادة عالجت حالة عالجتها القواعد العامة وجعلت كل من تحت تصرفه شيء يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ضامن مطلقاً للأضرار الّتي يحدثها هذا الشيء على اعتبار أنه مباشر فرضاً، على الرغم من أنه من ناحية عملية قد لا يكون مباشراً لأنه ليس الموجه للآلة في كل الأحيان لأن الآلة قد يكون لها فعل ذاتي إن كانت تعمل ضمن برنامج معد مسبقاً ولتوضيح الفكرة أكثر نقول سائق السيارة إذا كان يقودها فإنه هُوَ الموجه لها وقائدها فإن دهس شخصاً فإنه يكون مباشراً وضامناً استناداً للقواعد العامة الواردة في المادتين ٢٥٦، ٢٥٧ أما إن أدار المحرك وترك هذه السيارة تقف في الشارع ولسبب ما احترقت هذه السيارة أو انفجرت أو سارت فأحدثت ضرراً للغير فإن صاحبها يكون متسبباً في هذه الحالة فهو بحسب القواعد العامة لا يضمن إلا بالتعدي، وبحسب المادة ٢٩١ فهو ضامن بغض النظر عن مباشرته أو تسببه لأنه يفترض أنه مباشر. لذا فإننا نرى أن هذه المادة تخالف المنهج الّذي سار عليه القانون المدني في القواعد العامة وفي تطبيقاتها الّتي تحدثنا عنها إضافة إلى أن هذه المادة لا تعالج إلا الأشياء الّتي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ولا تشمل كل الأشياء، علماً بأن محكمة التمييز اعتبرت السيارة وآلات محطة التنقية وقناة المياه وأعمدة الكهرباء وأسلاكها والألغام الّتي تزرعها القوات المسلحة من الأشياء والآلات الّتي تتطلبُ حراستها عناية خاصة[١].

---

(١)على سبيل المثال أنظر القرارات التالية:

تمييز حقوق ٢٠٠٥/٢٣٦٤ تاريخ ٢٠٠٥/٢/٦، تمييز حقوق ٢٠٠٤/٤٢٣١ تاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٠

=

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الّذي قد لا يستطيع إثبات الخطأ في جانب حارس الشيء[1] علماً بأن الأعمال التحضيرية ذكرت بأن هذا النص هُوَ حكم مستحدث لم يكن في القانون القديم وإن الأخذ به ما هُوَ إلا الأخذ بفكرة المسئولية المادية أو الموضوعية[2] وهذا إقرار من واضعي القانون المدني بأن القواعد العامة بالمسئولية عن العمل الغير المشروع لا تصلح ولا تستوعب جميع حالات المسئولية لذلك كان لا بد من إيجاد وسائل وبدائل لمعالجة هذه الحالات وكان ذلكَ من خلال اختلاق قاعدة الخطأ المفترض الّتي لا نرى فيها إلا حيلة قانونية لمعالجة الحالات الّتي لا تصلح القواعد العامة لحكمها أو أن يكون هناك صعوبة لمعالجتها من خلال القواعد العامة، فالغاية الإبقاء على المسئولية القائمة على أساس الخطأ فالخطأ إما واجب الإثبات وإما مفترض، لكن الأعمال التحضيرية أعلنتها صراحة بالقول أن المسئولية عن الأشياء هِيَ مسئولية موضوعية أو مادية وليست شخصية مما ينبني عليه إهدار قاعدة المسئولية الشخصية أو القائمة على الخطأ، ونضيف أيضاً أن قاعدة الخطأ المفترض قاعدة غير عادلة ذلكَ أنها وإن كانت تحقق مصلحة للمضرور بحصوله على تعويض نتيجة الضرر الّذي حدث له إلا أنها وفي أحوال معينة تجعل حارس الشيء مسئولاً عن هذا التعويض لا لشيء إنما لأنه لم يستطع إثبات السبب الأجنبي على الرغم من عدم صدور خطأ منه لأن الخطأ المفترض هنا لا يقبل إثبات العكس.

وخلاصة هذا الفصل أننا بعد أن بحثنا القواعد العامة في المسئولية في الباب الأول من هذه الرسالة تتبعنا تطبيقاتها في كلا القانونين الأردني والمصريُ في هذا الفصل ووجدنا أن القانون الأردنيَ انسجم مع قواعده العامة بالتوافق الحاصل بين شروط وأحكام المسئولية في القواعد العامة

---

(١)الأعمال التحضيرية ج٢ ص٤٣٥

(٢)المرجع السابق ج٢ ص٤٣٦

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني

أحكام مسئولية المباشر والمتسبب

تمهيد وتقسيم

عند قيام مسئولية المباشر والمتسبب فإن حكماً قانونياً سوف يترتب، ألا وهو الضمان ذلك أن هذا الضمان يأتي كأثر لقيام المسئولية. ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني الأردني قد شايع أصله التاريخ واستخدم كلمة الضمان بدلاً من التعويض.

ولبحث هذا الموضوع فسوف نتحدث عن دعوى الضمان في المبحث الأول وتقدير الضمان في المبحث الثاني وفي المبحث الثالث والأخير فسوف نعالج تعديل أحكام الضمان.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ضمنته الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين، إن كفله وتأتي بمعنى التغريم فيقال ضمنته الشيء تضميناً إن غرمته فالتزمه[١].

أما المعنى الاصطلاحي لكلمة الضمان فقد استخدمها الفقهاء في عدة إطلاقات وجميعها تدور في فلك معناها اللغوي فقد أطلقوها على المعاني التالية:-

أ) على كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية وعنونوا للكفالة بالضمان.

ب) ويطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات الطارئة.

ج) ويطلق على ضمان المال والتزامه بعقد وبغير عقد.

د) كما يطلق على وضع اليد على المال بغير حق أو بحق على العموم.

ه) كما يطلق على ما يجب بإلزام الشارع بسبب الاعتداءات كالديات، والأروش[٢]

وفي تعدد استعمال الضمان لدى الفقهاء على الأشياء المذكورة أعلاه تنوعت تعريفاته لديهم فورد أن الضمان (رد مثل الهالك، إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً)[٣]، وقد ورد أيضاً (الضمان لغة هو الالتزام وشرعاً يقال لالتزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره)[٤] وعرفته المادة ٤١٦ من مجلة الأحكام العدلية (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات).

---

(١) القاموس المحيط مادة ضمن.

(٢) الموسوعة الفقهية جـ ٢٨ ص ٢١٩ – ٢٢٠. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان ص ١٣ – ١٤.

(٣) غمز عيون البصائر جـ٤ ص ٦، درر الحكام شرح غرر الاحكام جـ٢ ص ٢٥٢

(٤) حاشية الجمل جـ٣ص٣٧٧.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

إحلال المال مكان الضرر الذي حدث أي أن التعويض هو جزاء المسئولية بمعنى أن المسئول عن إحداث الضرر يدفع مبلغاً من المال جزاءً له عن فعلته أي أن التعويض هو ما يلزم به المسئول في المسئولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، وعلى هذا فإن المعنى الاصطلاحي لفقهاء القانون لكلمة تعويض يختلف عن معناها اللغوي الذي يقصد فيه البدل والخلف على إطلاقه دون أن يكون المقصود بهذا البدل أو الخلف جبر الضرر[1].

ومن خلال استعرضنا لمعنى التعويض و الضمان نجد أن كلمة الضمان أو التضمين المستخدمتين من قبل القانون المدني الأردني ومن قبله الفقه الإسلامي أوسع شمولاً من كلمة التعويض فالأولى لها معان متعددة ومنها المعنى المطلوب في هذا المقام والمقصود كجزاء للمسئولية عن الفعل الضار والمدنية بشكل عام وهو رد المثل أو دفع القيمة أو إعادة الحال إلى ما كان عليه، أما كلمة التعويض فلا يفهم منها إلا إحلال شيء مكان شيء آخر وتجاوزاً على معناها اللغوي فيفهم منها إحلال المال محل الضرر بمعنى أنه لا يتصور جزاء للمسئولية عن الفعل الضار إلا دفع مبلغ نقدي، الذي يتعذر مساواته في كثير من الأحيان بالضرر، فيكون لدى كثير من المضرورين إعادة الحال أورد المثل أفضل من الحصول على مبلغ نقدي، أضف إلى أنه في الأذى الواقع على النفس فإن كلمة الضمان تشمل الدية، الأمر الذي يجعل كلمة التعويض قاصرة على ذلك، لأن كل أموال الدنيا لا تعوض عن ضرر متمثل بوفاة أحد الأشخاص أو فقده لأي عضو من أعضائه.

لذلك فنحن نعتقد أن القانون الأردني أحسن صنعاً باستخدام مصطلح الضمان إذ أنه انسجم مع أصله التاريخي، ووضع المصطلح المناسب في المكان المناسب لكنه بعد ذلك أساء لهذا المصطلح وقيد سلطه القاضي

---

(١) محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض ص٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المكاني والقيمي. فتكون المحكمة المختصة مكانياً بنظر دعوى الضمان هي محكمة موطن المدعى عليه كأصل عام[1]. أما بالنسبة للاختصاص القيمي فإن دعوى الضمان تكون من اختصاص محكمة الصلح أو البداية بحسب قيمة الضمان المطالب بها والتي تم تقديرها من قبل المدعي عند رفع الدعوى، علماً بأن الدعوى التي تزيد قيمتها على سبعة آلاف دينار هي من اختصاص محكمة البداية أما الأقل من ذلك فهي من اختصاص محكمة الصلح[2].

أما المدعي في دعوى الضمان فهو المضرور الذي تم إيقاع الضرر على نفسه أو ماله وكل مضرور له هذا الحق، ويجوز لهذا المضرور أن ينيب غيره في رفع الدعوى مع الأخذ بعين الاعتبار أنه إن كانت دعوى الضمان من اختصاص محكمة البداية فلا يمكن للمضرور مباشرتها إلا من خلال محام أستاذ مجاز من نقابة المحامين[3] والخلف العام ينتقل لهم الحق والمطالبة بضمان أضرارهم أو ضرر مورثهم المادي أما الضرر المعنوي

---

(١) المادة ٣٦ وما بعدها الباحثة في قواعد الاختصاص المكاني من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته المنشور على الصفحة ٧٣٥ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٥٤٥ بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢.

(٢) يراجع قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، قانون محاكم الصلح وتعديلاته رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ المنشور على الصفحة ١٣٥ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١١٠٢ بتاريخ ١٩٥٢/٣/١٦، قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ١٣٠٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٨.

(٣) المادة ٤١ من قانون نقابة المحامين رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ المنشور على الصفحة ٦٦٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٣٥٧ بتاريخ ١٩٧٢/٥/٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثالث
أحوال انتفاء الضمان وتقادم دعوى الضمان

بعد أن تحدثنا في المطلب السابق عن الأحكام العامة لدعوى الضمان ووجدنا أنها لا تتمتع بأحكام خاصة، فتخضع لما تخضع له الدعاوى الأخرى خصوصاً ما يتعلق بالطلبات والدفوع، نجد أنه لابد لنا من الحديث عن أهم الدفوع التي يمكن أن يدفع بها المسئول في مثل هذا النوع من الدعاوى وهي الدفوع المتعلقة بانتفاء الضمان أو بتقادم دعوى الضمان.

الفرع الأول
حالات انتفاء الضمان

تمهيد وتقسيم

إن انتفاء الضمان يعني عدم قيام المسئولية بداية فيثير المدعى عليه من الدفوع ما من شأنه أ ن يؤدي إلى عدم قيام المسئولية وبالتالي عدم مسئوليته عن الضمان، وفي بعض الأحيان فإن المدعى عليه يصدر منه فعل يؤدي إلى حدوث الضرر ولا يسأل عن ضمان لكون هذا الفعل مشروعاً، إذا فإن المدعى عليه يستطيع أن ينفي عن نفسه الضمان بنفي أحد أو كل أركان المسئولية عن الفعل الضار، ولعل ما يثير أكثر الإشكاليات في إثبات نفيه هو إثبات عدم صدور الفعل أو الخطأ ونفي علاقة السببية وهما ما سوف نبحث بهما في الغصنين التاليين أما عن نفي ركن الضرر فإنه لا يرتب أية مشكلة لأن الضرر واجب الإثبات على المضرور في جميع الأحوال ولعله أول ما يبدأ المضرور الحديث عنه أمام المحاكم وهو المحرك له أصلاً لرفع الدعوى

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس فيمكن للمدعى عليه نفي المسئولية عن نفسه بإثبات عكس الخطأ المفترض، أما في المسئولية عن الأشياء فهي قائمة على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس فلا دور للمدعى عليه بنفي الخطأ إنما دفع المسئولية يكون فقط بإثبات السبب الأجنبي بغض النظر عن وجود أو عدم وجود الخطأ لأنه مفترض أصلاً.

إذا يمكن نفي الضمان بإثبات عدم الفعل أو التعدي أو الخطأ، لكن إن صدر الفعل أو التعدي أو الخطأ، فدور المدعى عليه بإثبات مشروعية الفعل أو التعدي أو الخطأ وبالتالي عدم الضمان لقيامه بما هو مشروع أصلاً والحالات التي قد يعد فيها الفعل مشروعاً أو لا تعتبر تعدياً أو لا تشكل خطأً هي حالة الدفاع الشرعي أو دفع الصائل وحالة تنفيذ أمر الحاكم أو إذنه وحالة الضرورة وحالة إتلاف آلات اللهو ونحوها من المحرمات وحالة إباحة الإتلاف أو الأمر بالإتلاف وحالة الإتلاف بناءً على استعمال ما هو مأذون به، هذه الحالات سوف نبحثها تباعاً فيما يلي وسوف نتحدث فيها عن الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني أولاً ثم نتحدث عن القانون المدني المصري.

أولاً: دفع الصائل أو الدفاع الشرعي

لقد استخدم فقهاء المسلمين مصطلح دفع الصائل وهو يقابل الدفاع الشرعي، والصيال مصدرها صال يصول وهو الاستطالة والوثوب والاستعلاء على الغير أما في اصطلاح الفقهاء فقد استخدم الصيال بمعنى الاستطالة والوثوب على الغير بغير حق[1]. إذا الصيال هو الاعتداء والصائل

---

(١) كشف الأسرار جـ٤ص٧٤، شرح البهجة جـ٥ص١١١، حاشيتا قليوبي وعميرة جـ٤ص٢٠٧، الموسوعة الفقهية جـ٢٨ص١٠٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

دفع الصائل يجب أن لا يقصد المدافع القتل ابتداء إنما يقصد الدفع فان أدى إلى القتل فلا ضمان إلا أن يعلم انه لا يندفع إلا بالقتل فجائز أن يقصد قتله ابتداءً ولو قدر المصول عليه أن يهرب من غير مضرة تلحقه تعين ولم يجز له الدفع بالجرح وإلا فله الدفع بما قدر عليه(١).

٦٨٠١٦٩

من تحليل هذه الأمثلة وغيرها الكثير الواردة في كتب الفقه الإسلامي نستطيع أن نقول أن فقهاء المسلمين قرروا أن المصول عليه إذا قتل الصائل فلا ضمان عليه لأنه يجب عليه ذلك، شريطة أن يكون الخطر حالاً ومحدقاً وليس مهما لدى فقهاء المسلمين طبيعة الصائل فيستوي أن يكون آدمياً أو غير ذلك كبيراً أو صغيراً عاقلاً أو مجنونا لكن الدفع يجب أن يكون من الأخف إلى الأشد وهو ما يعرف بالفقه الوضعي عدم مجاوزة قدر الضرورة، هذا كله -أي دفع الصائل- يجب أن يكون مقروناً بغلبة ظن المصول عليه بالخطر وتحققه ولا يكفي توهمه(٢).

وبعبارة أخرى فإن شروط دفع الصائل التي تعفي من الضمان أولاً أن يكون هناك اعتداء ثانياً أن يكون هذا الاعتداء حالاً ثالثاً أن لا يتمكن من دفع الاعتداء إلا بما دفعه وأن لا يتجاوز.

هذا وقد خالف فقهاء الأحناف في مسألة إن كان الصائل دابة كجمل مثلاً ودفعه المصول عليه فإنه يضمنه لأنه أتلف مال غيره لأحياء نفسه فحكمه حكم المضطر، و كذلك لو كان الصائل صبياً أو مجنوناً أي غير مكلف فهو لا يملك إباحة نفسه فإنه يدفع الدية(٣).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ص٣٤٧.

(٢) الموسوعة الفقهية جـ ٢٨ص١٠٦-١٠٧.

(٣) مجمع الضمانات ١٩٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام جـ١ص٤٣، الموسوعة الفقهية جـ ٢٨ ص١٠٦.

وكما أسلفنا فإن نص القانون الأردني والمصري يحويان ذات الحكم فيما يتعلق بالدفاع الشرعي لذلك فإن الكلام ينطبق على كليهما فشروط الدفاع الشرعي المعفي من المسئولية أو الضمان: أولاً أن يكون هناك خطر حال على النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله، ثانياً أن يكون هذا الخطر الحال المحدق غير مشروع، ثالثا أن لا يندفع هذا الاعتداء إلا بما اندفع به وأن يكون الدفع بقدر الخطر فلا تجاوز وإلا كان المدافع مسئولاً عن هذا التجاوز، ولا يشترط أيضاً أن يكون الاعتداء قد وقع إنما يكفي أن يتولد في نفس المدافع الخشية والرهبة من وقوع هذا الاعتداء على أن تكون هذه الخشية أو الرهبة مبنية على أسباب ودوافع جدية[1].

ونحن نعتقد أن تقرير الدفاع الشرعي أو دفع الصائل كوسيلة من خلالها يمكن نفي عدم المشروعية عن الفعل المؤدي للضرر، هو حكم ينسجم مع العدالة والمنطق القانوني ولا نرى كما يرى الأحناف من وجوب الضمان إن كان المعتدي بهيمة أو صغيراً أو مجنوناً ذلك أنه طالما توافرت شروط الدفاع الشرعي فلم يكن أمام المدافع إلا أن يقوم بما قام به لدفع الضرر عن نفسه والدفاع الشرعي بهذا التحديد يختلف عن حالة الضرورة ذلك وأن كان الدفاع الشرعي يدخل في المعني الواسع لحالة الضرورة إلا أنه يكون لدفع خطر الاعتداء أما حالة الضرورة فتكون لمعالجة واقعة مادية متمثلة بخطر مادي وليس اعتداء كجوع أو حريق أو نحوهما[2].

= مظاهر التناقض أيضاً أن الواجب في الجناية على النفس وما دونها هو الدية لكن قانون العقوبات لا يتحدث عن الدية لا من قريب ولا من بعيد إنما يتحدث عن سجن وإعدام.

(١) السنهوري، الوسيط جـ١ص٧٨٨ وبقية المراجع.

(٢) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية ص ١٤٢ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هدر لأن فعله بأمر الشرع وفعل المأمورين لا يتقيد بشرط السلامة [1] وإن هدم أحد الأشخاص دار غيره بسبب الحريق أو حتى لمنع الحريق فيضمن إلا إن هدمها بأمر السلطان فلا يضمن[2] ولو قال أحد الأشخاص لغيره وهو ليس عليه سلطة أخرق ثوب فلان فالضمان على الذي خرق لا على الآمر[3].

من هذه الفروع وغيرها الكثير الذي تزخر به كتب الفقه الإسلامي نجد أن الإمام إذا نفذ ما هو واجب عليه من إقامة حد أو تعزيز وكان ذلك وفقاً للشروط الشرعية فإنه لا يضمن مع أن الشافعية يرون الضمان لأن التعزير عندهم مشروط بسلامة العاقبة[4] لكنهم في العام الأغلب يروا عدم الضمان لأن الإمام قام بأداء الواجب، وكذلك بالنسبة لمن ينفذ أمر الإمام لكن يمكن أن نقرأ شروط دفع المسئولية من المأمور وهي أن يكون مأموراً شرعاً بالطاعة واعتقاده بوجوب هذه الطاعة، ويجب أن يكون لدى المأمور القناعة بأنه ينفذ ما هو مأمور به فإن علم بظلم أو عدم شرعية الأمر فلا يعفيه من الضمان إلا أن يثبت إكراهه على التنفيذ، ويجب على المأمور أخيراً أن ينفذ الأمر كما صدر إليه دون زيادة لأنه إن زاد أو خالف في التنفيذ كان مسئولاً عن هذه الزيادة.

---

(١) الجوهرة النيرة جـ٢ص١٦٤، العناية شرح الهداية جـ٥ص٣٥٢، نصب الراية جـ٤ص١٧٥، البحر الزخار جـ ٦ص٢١٢، قليوبي وعميره جـ٤ص١٢٥ مجمع الأنهر جـ١ص٦١٢.

(٢) مجمع الضمانات ١٢٩، الفتاوى الهندية جـ٥ص١٥٢ م ٩١٨، ٩١٩ مجلة الأحكام.

(٣) الفتاوى الهندية جـ٥ص١٤٣.

(٤) الموسوعة الفقهية جـ٢ص٣٨٧.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يتعرض لهذا الحكم فيترك أمره لاجتهاد القضاء فإن استطاع أحد الأشخاص أن يثبت أنه أجبر على الإضرار بالآخرين من قبل شخص آخر فلا يمكن وصف فعله بالخطأ إنما هذا الخطأ يلحق بمن أجبره.

أما عن تنفيذ أمر الرئيس فنجد أن نص القانون الأردني والمصري متطابقان حكماً ولفظاً وأول ما يلاحظ عليها أنهما حصرا حالة تنفيذ أمر الرئيس بالموظف العام ولا نعلم لهذا حكمه، فسواء كان الموظف عاماً أو خاضعاً للقانون الخاص فهو مأمور بإطاعة رئيسه فكيف نسمح للموظف العام أن يدفع مسئوليته ولا نعطي المجال للموظف الخاص، فقد يقول قائل أن الموظف العام مكلف بخدمة عامة ولا يستطيع مخالفة رؤسائه، وهذا الحال ليس ببعيد عن الموظف الخاص فهو لا يستطيع مخالفة رؤسائه حرصاً على وظيفته، وأمام هذه النصوص ليس لنا إلا الالتزام بحرفيتها فتكون الشروط اللازم توافرها حتى يستطيع الموظف أن يدفع مسئوليته أن يكون موظفاً عاماً أولاً وثم أن يصدر لهذا الموظف العام أمر من رئيسه – حسب تعبير القانون الأردني– ومن أي رئيس – حسب تعبير القانون المصري – لكن المهم أن تكون طاعة هذا الرئيس واجبه حسب اللوائح والأنظمة التي يتبعها هذا الموظف وهذا ثانياً ثم لابد لهذا الموظف أن يثبت بأن الأمر الذي صدر له مشروع وواجب التنفيذ وأن هذه المشروعية مبنية على أسباب معقولة لا مجرد الظن وهذا ثالثاً ويجب على الموظف أن يراعي في عمله جانب الحيطة، وأي مخالفة من الموظف لهذه الشروط أو أحدها تجعله مسئولاً إما وحده أو بالاشتراك مع رئيسه وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية أن الجندي في القوات المسلحة الذي يعد موظفاً عاماً غير مسئول عن الضرر الذي ألحقه بشخص لم يخبره بكلمة السر لدخول الموقع العسكري ليلاً، حيث أن هذا الجندي مكلف بالحراسة ومنع الغير من الدخول إلا بإعطاء هذه

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الضرورة التي نبحث عنها هنا كسبب من أسباب الإعفاء من الضمان هي الحالة يضطر فيها الإنسان إلى إلحاق الضرر بغيره أو بماله لدفع ضرر عن نفسه أو ماله فهل الاضطرار هنا يعفي من الضمان.

من القواعد المستقرة في الفقه الإسلامي أن الضرورات تبيح المحظورات[1] وما أبيح لضرورة يقدر بقدرها[2] والاضطرار لا يبطل حق الغير[3] والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة[4] والضرورة في رفع المؤاخذة لا في نفي الضمان[5] ومن الفروع التي تقررت على هذه القواعد إن وقعت بيضة على إنسان فدفعها عن نفسه فانكسرت فلا ضمان بخلاف ما إذا احتاج إلى أكلها في مخمصة[6] ومن صعد إلى جدار أحد الأشخاص لإطفاء حريق عام فانهدم هذا الجدار لم يضمن لأن ضرر الحريق عام[7]، وقد قسم البعض الاضطرار إلى قسمين أولهما داخلي ينشأ عن سبب سماوي كالجوع مثلاً والآخر غير سماوي أو خارجي كالإكراه، فلو اضطر أحد لأي سبب لأخذ مال غيره كالجائع مثلاً فيجب عليه الأخذ لكن عليه

---

(١) المادة ٢١ مجلة الأحكام العدلية. المنتقى جـ٣ص١٨٨، المبسوط جـ١٠ص١٥٤.

(٢) المادة ٢٢ مجلة الأحكام العدلية، كشف الأسرار جـ٣ص١٣٤، البحر المحيط جـ٤ص٢١٢، المبسوط جـ٢ص١٢١.

(٣) المادة ٢٣ مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة ٣٢ مجلة الأحكام العدلية، المنثور في القواعد جـ٢ص٢٤، أشباه السيوطي ٨٨.

(٥) بدائع الصنائع جـ٧ص١٠١.

(٦) القواعد لابن رجب ٣٦.

(٧) الجوهرة النيرة جـ١ص٣٤٣، درر الحكام جـ٢ص٦٠٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما القانون المدني المصري فقد أفرد لحالة الضرورة المادة ١٦٨ حيث نصت (من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً) وفي شرح هذه المادة يقول الأستاذ السنهوري يلزم لتطبيق هذه الحالة ١- أن يكون الشخص مهدداً بضرر حال. ٢- أن يكون هذا الضرر مصدره أجنبي. ٣- أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع وهنا يجب التمييز بين أربعة فروض أولها أن يكون الضرر الذي وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه، ويمكن لصاحب الضرر أن يطالب حسب قواعد الإثراء بلا سبب وثانيها أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع وهو الفرض المألوف في حالة الضرورة وهنا أيضاً صاحب الضرر يمكن أن يرجع حسب قواعد الإثراء بلا سبب والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذي وقع فهنا يلزم المضطر بتعويض مناسب سنداً لقواعد الإثراء بلا سبب أما الفرض الرابع فيكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذي وقع وهنا لا يجوز للشخص أن يضر بغيره ليتفادى خطراً يحيق به فتتحقق مسئوليته التقصيرية كاملة(١).

وقد ذكرت كلام الأستاذ السنهوري باختصار مبيناً أهم ما فيه لأقول كأني بالأستاذ السنهوري يتحدث عن القواعد التي قررها فقهاء المسلمين لكن بلغة رجال القانون ففي كل الحالات التي يكون فيها الإنسان في حالة ضرورة بغض النظر عن مدى الضرر الذي يتحقق فهو يلزم المضطر بقيمته كاملة في معظم الحالات وبتعويض مخفف بحالة واحده وعلى أسس مختلفة فهو مرة يرى الإثراء بلا سبب وأخرى يؤسس التعويض على المسئولية التقصيرية، فكأنه يريد أن يقول أن الاضطرار لا يبطل حق الغير،

---

(١) باختصار عن السنهوري الوسيط جـ١ص٧٩٤ – ٧٩٥.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

خامساً: حالة الإذن بالإتلاف

يمكن أن يطلب أحد الأشخاص من آخر أن يلحق به أذى بنفسه كأن يتلف أحد أعضاءه أو يجرحه، أو يتلف له ماله، بداية لابد أن نقرر أنه إن كان هناك عقد بين الطرفين كالعقد الذي يبرمه الطبيب مع المريض لإجراء عملية جراحية أو ما هو دارج بين الناس من التداوي بالطب البديل كالأعشاب والحجامة فلو حدث ضرر لأي الطرفين بناءً على تنفيذ الالتزامات، فالكلام هنا والبحث عن مسئولية عقدية لا تقصيرية، أما المقصود بهذه الحالة فهي الإتلاف بناءً على طلب أحد الأشخاص دون أن يكون هذا الالتزام أو الضرر ناتجاً عن التزام عقدي.

بالنسبة لإتلاف المال فلا ضمان على المتلف إذا نفذ الأمر الصادر إليه من صاحب المال كمن يمسك شاه[1] ويطلب من الآخر ذبحها والأمثلة على ذلك كثيرة في الفقه الإسلامي فلا يلزم الضمان إذا أتلف مال إنسان بإذنه[2] كمن يطلب من غيره أن يخرق له ثوباً فيفعل فليس عليه الضمان[3].

وإن تبين أن من أعطى الإذن غير مالك فالضمان على المتلف لانتفاء ولاية الإذن إلا أن يثبت المأمور حالة الغرر أو الإكراه[4] ومثالها لو أمر شخص آخر بذبح شاه مملوكه له ثم باعها فقام المأمور بذبحها بعد البيع ضمن قيمتها[5].

ولا يختلف الحكم الشرعي عن الحكم الوضعي فإذن المالك أو ولي الأمر يرفع المسئولية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٧٧ من

---

(١) المغني جـ ٩ص٢٢.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ص١٦٨، كشف الأسرار جـ ١ص٢٧٧.

(٣) الجوهرة النيرة جـ١ص٣٤١.

(٤) الموسوعة الفقهية جـ٢٨ص٢٩٦.

(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام جـ ٢ص٦١٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الدية لأن القتل بالإذن فيه شبهة ويجب دَرْءُ الحدود بالشبهات، وهذا الرأي أيضاً عند المالكية مع أن بعضهم يرى أن هذا ليس قتلاً بشبهه لذلك يوجب القصاص وفي رأي آخر لدى المالكية يرى أن الإذن يسقط القصاص والدية ويوجب التعزير ونفس هذه الآراء لدى الشافعية فمنهم من رأي أن الإذن يسقط عقوبتي القصاص والدية ومنهم من رأي سقوط القصاص دون الدية، أما الأحناف فيرون أن الإذن مسقط للعقوبة على الجاني ونفس هذه الأقوال قالها الفقهاء في الجروح بالقطع فرأى أبو حنيفة وأصحابه أن القطع والجرح عقوبته محتملة السقوط بالإذن لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال، لكن الخلاف كان إن أدى هذا القطع أو الجرح للوفاة فمنهم من رأى العقوبة ومنهم رأى أنه مسقط للعقوبة، أما المالكية فالرأي عندهم أن الإذن قبل الجرح أو القطع لا عبرة به إذ لابد أن يستمر بعد وقوع الجرح أو القطع ما لم يؤد الجرح أو القطع للموت فيعد الجاني قاتل عمد، ورأي الشافعية أن الإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب وقد يستوجب التعزير، وإن أدى إلى الموت فمنهم من رأي بالقصاص وسقوطه بالشبهة فتجب الدية ومنهم من رأي عقوبة القتل العمد، أما عند أحمد فالإذن مسقط للعقوبة ويبقى الفعل على حرمته.

أما في القانون الوضعي فإن جرائم القتل لا تسقط برضى المجني عليه لا قبل ولا بعد وإن كان من الممكن اعتبار هذا من الأسباب المخففة التقديرية وكذلك الحال بالنسبة للإيذاء إلا إن كان إيذاء بسيطاً لم تزد مدة التعطيل فيه على عشرة أيام حسب تقرير الطبيب الشرعي. وبالنسبة للمسئولية المدنية فالرأي فيها واضح بدلالة المادة ٢٧٠ من القانون المدني الأردني التي ترى عدم جواز الاتفاق مسبقاً على الإعفاء من المسئولية

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فسال من ميزابه وأصاب ثوب غيره ضمن[1] ولو حفر بئراً في دار إنسان فوقع فيها إنسان ومات فأدعى ولي القتيل الدية فقال الحافر حفرته بإذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك فلا ضمان على الحافر[2] إذن هذه الأمثلة وغيرها الكثير التي تزخر بها كتب الفقه الإسلامي تشترط التعدي في التسبب وإن كان الفعل مأذوناً فيه فلا تعدي حتى ولو وقع ضرر فلا ضمان فالمتسبب يدفع الضمان عن نفسه بإثبات أن قيامه بالفعل كان مأذوناً فيه فإذا أثبت الإذن فلا تعدي وبالنتيجة لا ضمان.

لكن المشكلة قد تظهر في حال الإضرار بالمباشرة ذلك أن المباشر لا شرط لضمانه حسب ما انتهينا إليه سابقاً وحسب القواعد الفقهية في هذا المجال التي تقرر الضمان على المباشر، بالقول: فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط، ، لكن إن كانت هذه المباشرة هي بمثابة استعمال حق فهل هناك الضمان أم أن الجواز الشرعي يعفي من الضمان لقد بحثنا هذا الموضوع عند بحثنا للمباشرة[3] وخلاصة القول في هذا الموضوع أن الضرر المتولد من المأذون فيه لا يكون مضموناً ويستثني من ذلك ما كان مشروطاً بسلامة العاقبة، بمعنى أن هناك حقوقاً واجبة بإيجاب الشارع وحقوقاً واجبة بإيجاب العقد وهذه لا تتقيد بسلامة العاقبة إلا بالمجاوزة عن الحد المعتاد والحقوق المباحة تتقيد بوصف السلامة ومن أمثلة الحقوق الواجبة إقامة الحد أو التعزير، أو الحجام أو الطبيب، أما الحقوق المباحة فمن أمثلتها استعمال الطريق العام، أو تأديب الزوجة.

---

(١) الفروق جـ٢ص١٣٨.

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ص٢٤٦.

(٣) انظر ما سبق ص٢٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أو أخطاء أخرى لا يعفيه من المسئولية وإنما قد يخفف عنه أيضاً، بل أن القانون المصري جعل إثبات السبب الأجنبي أي عدم وجود علاقة السببية هو الوسيلة الوحيدة لدفع المسئولية في بعض الأحوال كما في حالة المسئولية عن الأشياء.

الفرع الثاني
تقادم دعوى المسئولية

لم تأخذ الشريعة الإسلامية بسقوط الحق مهما مر عليه من الزمان، ذلك أن حقوق العباد واجبة الأداء فإن لم تؤد في الدنيا فيتم تأديتها في الآخرة وعلى هذا النهج سار القانون المدني الأردني[١] وقد خالفهم في ذلك القانون المدني المصري الذي جعل مدة التقادم هي لسقوط الالتزام ذاته وبالتالي سقوط كل توابعه[٢].

فالقضاء بحسب فقهاء المسلمين مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ[٣] وقد اعتبر فقهاء المسلمين أن المضرور إن لم يرفع دعوى الضمان للمطالبة بالضمان خلال خمسة عشرة سنة سقط حقه قضاءً لا

---

(١) تنص م ٤٤٩ من القانون المدني الأردني (لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة).

(٢) تنص م ٣٧٤ من القانون المدني المصري (يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الحالات الاستثنائية).

(٣) رد المحتار على الدرر المحتار جـ٥ص٤١٩.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هذا الحكم أيضاً إلا بقدر اعتراضنا على عدم جواز الجمع بين مبلغ الدية وأي مبلغ آخر إن كان سبب الضمان ناشئاً عما يوجب الدية أو الإرش أو حكومة العدل، بل أكثر من ذلك وفي بعض الأحوال إذا كان الأذى الواقع على النفس ناشئاً عن فعل يوجب القصاص فلا ضمان ولا تعويض فلا دية مع القصاص، وهذا ما لم يأخذ به القانون الأردني حيث أن أحكام قانون العقوبات فيه أحكام وضعية وليست شرعية مما يسمح بالمطالبة بالحق الشخصي بتعويض ناشئ عن جرائم عمديه.

أما القانون المدني المصري فكان له موقف مغاير فهو يرى في التقادم مسقطاً للحق[1] مع العلم أن القانون المصري جعل لتقادم دعوى التعويض ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبالمسئول عنه، وبخمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار، وإن كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة فلا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية[2].

ونحن نعتقد هنا أيضاً أن مدة الثلاث سنوات هي مدة تقادم أما مدة الخمس عشرة سنة هي مدة سقوط، هذا وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري قد رتب على سقوط الحق بالتقادم أن يتخلف عنه التزام طبيعي في

---

(١) المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري السابق الإشارة إليها .

(٢) تنص المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري

(١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.

(٢- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية).

والملاحظ أن هذا النص يطابق إلى حد كبير نص القانون المدني الأردني.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
تقدير الضمان

تمهيد وتقسيم:

من أكثر المشاكل التي تواجه القاضي مسألة تقدير الضمان، فالمضرور دائماً يطمح إلى الحصول على أقصى مبلغ ممكن والمسئول يحاول أن يدفع أقل مبلغ ممكن، والمحاكم تعتمد في تقدير مبلغ الضمان على تقارير الخبراء، وقد تكون مسألة تقدير الإضرار المادية أسهل وأيسر من الإضرار الجسدية، والحقيقة أن للفقه الإسلامي موقفاً جميلاً من هذا الموضوع خصوصاً في تقدير الإضرار الجسدية، ولما كان موضوع تقدير الضمان قد تم بحثه في كثير من الكتب والرسائل السابقة(١) فسوف نتحدث عنه بالقدر اللازم لموضوع هذه الرسالة وعليه فسوف نبحث في المطلب الأول تقدير الضمان بالفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني نتحدث عنه في القانون المدني الأردني والمدني المصري.

المطلب الأول
تقدير الضمان في الفقه الإسلامي

لقد فرق الفقه الإسلامي في الضمان الواجب دفعه وذلك بحسب نوع الضرر، فالدية والإرش وحكومة العدل هي ما تجب في الأذى الواقع عن

---

(١)أنظر على سبيل المثال رسالة محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٧٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفقهاء[1]. والحال كذلك بالنسبة للجناية على ما دون النفس فلا يجب فيها القصاص إلا بالعمد[2].

أما بقية أنواع الأذى الواقع على النفس أو ما دونها فتجب فيها الدية ولأننا نتحدث عن تقدير الضمان فسوف نفصل قليلاً في أحكام الدية حيث أنها تقابل التعويض الذي يدفع بموجب القوانين الوضعية، تاركين الحديث عن القصاص الذي يعد بمثابة عقوبة ليتم بحثه من قبل الباحثين في قانون العقوبات.

الدية في اللغة مصدر ودي وقد وديت المقتول أي أديت ديته، فالدية اسم للمال[3] أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفها البعض بأنها المال الذي هو بدل النفس[4] أو هو عبارة عما يؤدى في بدن الإنسان دون غيره[5]، وقد قال عنها البعض الآخر بأنها الواجب بالجناية عن النفس أو ما دونها[6].

ومن خلال استعراض تعريفات الدية لدى فقهاء المسلمين نجد أنها جميعها تدور حول اعتبار الدية المبلغ الواجب دفعه بدل النفس إن لم يكن الواجب هو القصاص.

أما ما يجب دفعه في الأذى الواقع على ما دون النفس فيطلق عليه الفقهاء اسم الإرش وهو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس[7]. مع الأخذ بعين الاعتبار أن بعض الفقهاء من الشافعية والأحناف قد أطلقوا لفظ

---

(١) الموسوعة الفقهية جـ ٣٣ ص٢٦٦.
(٢) المرجع السابق جـ ٣٣ص ٢٧٦.
(٣) طلبة الطلبة ١٦٣، المغرب ٤٨١، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ٦٥٥.
(٤) تبين الحقائق جـ ٦ص١٢٦.
(٥) الجوهرة النيرة جـ ٢ص١٢٨.
(٦) مغني المحتاج جـ ٤ص٥٣، حاشية قليوبي وعميرة جـ ٤ص١٢٩.
(٧) الموسوعة الفقهية جـ ٣ص١٠٤.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

جميع الحالات التي تجب فيها الدية أو الإرش بغض النظر عن الجاني أو المجني عليه بمعنى لا اعتبار لشخص الجاني أو المجني عليه على أساس أن المسلمين تتكافأ دماؤهم أما الذي يلعب دوراً في تخفيف أو تغليظ الدية هو فعل الجاني إن كان خطأ أو عمداً أو شبه عمد(١).

والدية في القتل الخطأ تجب على العاقلة فقط أما القتل العمد والقتل الخطأ وشبه الخطأ الذي يقر به الجاني على نفسه فلا تعقله العاقلة، والعاقلة هي جمع معقلة وهي الدية وسميت الدية عقلاً لأنها تعقل الدماء عن السفك والعاقلة هم الذين يقومون بنصرة القاتل(٢).

أما حكمة إيجاب دية قتل الخطأ على العاقلة فكون أن جنايات الخطأ تكثر والدية كثيرة وإيجابها في مال الجاني يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له وتخفيفاً(٣).

مما سبق نخلص إلى أن الدية والإرش في الفقه الإسلامي هي الضمان الواجب في النفس أو ما دونها وهذا الضمان مقدر شرعاً تقديراً لا مجال للاجتهاد فيه، وهي على العاقلة في القتل الخطأ من باب التخفيف على الجاني، والمناصرة له، وتجدر الإشارة أخيراً أنه في حال وجوب الدية أو الإرش فلا يجب غيرها أي أنها ضمان للأضرار المادية والمعنوية مجتمعة، ويستحقها الورثة في حال الموت، أما في حالة الأذى الواقع على ما دون

---

(١) للتفصيل في تقدير الدية راجع الموسوعة الفقهية جـ٢١ص٥٩ وما بعدها، عوض، الدية بين العقوبة والتعويض ص ٢٢٣ وما بعدها.

(٢) الجوهرة النيرة ٢/١٤٥، طلبة الطلبة ١٦٨-١٦٩.

(٣) مغني المحتاج جـ٥ص٢٩٩ الموسوعة الفقهية جـ٢١ص٤٨، أحكام القرآن، للجصاص جـ٢ص٣١٧-٣١٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وإن كان قيمياً فالضمان بالقيمة، وإن كان الضمان بالقيمة فتقدر قيمته في يوم ومكان التلف[1].

المطلب الثاني
تقدير الضمان في القانونين المدني الأردني والمدني المصري

لعل من أهم أسباب لجوء المضرورين إلى المحاكم أو الطعن في قرارات المحاكم هو قيمة التعويض أو الضمان الذي يتم الحكم به، ذلك أن المضرور في العام الأغلب يرى أن ما تحكم به المحاكم من ضمان لم يجبر ضرره، والمسئول يحاول دائماً التخفيف من مبلغ التعويض إما لعدم قدرته المادية أو رغبته بعدم الوفاء. لذلك كان لا بد من وجود قواعد قانونية يتم من خلالها تقدير الضمان تقديراً عادلاً.

ومن خلال استعراض النصوص القانونية الناظمة لتقدير الضمان أو التعويض نجد أن القانون المدني المصري لم يفرق بين تعويض الإضرار الجسدية أو المادية أما القانون المدني الأردني فكان له موقف مغاير من هذا الموضوع لذلك فسوف نبحث في موقف القانون المدني المصري أولاً ثم نبحث في موقف القانون المدني الأردني من تقدير الضمان.

(١) الموسوعة الفقهية جـ ٢٨ص٢٧٠ وأيضا جـ١ص٢٢٦.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المادة ١٧١ (١- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءاً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض).

إن تنفيذ الالتزام أياً كان مصدره فالأصل فيه أن يقع تنفيذاً عينياً، لكن هذا التنفيذ العيني له شروط إن لم تتوافر فإن القاضي يعدل عنه إلى التنفيذ عن طريق التعويض، ومن أهم شروط التنفيذ العيني أن يكون ممكنا، وأن لا يكون فيه إرهاق للمدين، وفي أحوال المسئولية عن العمل غير المشروع فإن الغالب فيها عدم إمكانية التنفيذ العيني، بسبب عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر فمن مات أو قطعت يده أو أصيب في جسده لا يمكن إعادة الحال إلى ما كان عليه، حتى في الإضرار المادية فمن تضرر ماله كمن تضررت سيارته فإنه إن أمكن إصلاح هذه السيارة إلا أنه لا يمكن إعادة قيمة السيارة إلى ما قبل الضرر.

وخلاصة الكلام أنه إن أمكن التنفيذ تنفيذاً عينياً فهو الأصل وهو الأفضل وليس أفضل منه جبراً للضرر وذلك كمن يعتدي على أرض جاره بإقامة سور أو حائط فالأولى إزالته، لكن لتعذر التنفيذ العيني في غالب الأحوال يتم اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض.

لكن قبل الإشارة إلى ضوابط وقواعد هذا التعويض نقول إن القانون المصري قد أشار إلى حالات فيها معنى التعويض غير المالي وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٧١ ومن أمثلة ذلك ما أشار إليه الأستاذ

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المشروع إلى وفاة أكثر من شخص فمن لا يعول أحداً ليس ضرره كمن يعول أشخاصاً آخرين وهكذا فالقاضي يأخذ بالحسبان طبيعة الضرر الحاصل ومدى تأثر المضرور به، أما عن ظروف المسئول ودرجة وجسامة الخطأ الذي أدى إلى حدوث الضرر فإن هذه الأمور لا تدخل في تقدير التعويض طالما ثبت أن هذا المسئول هو الذي تسبب بحدوث الضرر.

ولم يغفل القانون المدني المصري عن الاحتفاظ بحق المضرور بالمطالبة بتقدير الضرر الذي لم يتحقق بتاريخ الحكم إنما تحقق بعد الحكم شريطة أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع وذلك واضح من نص المادة ١٧٠.

أما الضرر المعنوي فلم ترد أي وسيلة في القانون لتقديره إنما القانون ألزم القاضي أن يحكم بتعويض عن الإضرار المعنوية دون أن يحدد له ما الضوابط في تقدير هذا النوع من التعويض الأمر الذي يجعل هذا التقدير متروكاً للقضاء بعد الاستعانة بأهل الخبرة.

ومن خلال استعراض النصوص القانونية السابقة وشرحها فإننا نبدي الملاحظات التالية:

١- كان من الواجب أن يتم التمييز بين تقدير الإضرار المادية والإضرار الجسدية ذلك أن القواعد التي تحدثنا عنها من الممكن استخدامها في تقدير الإضرار المادية ويمكن أن يجبر الضرر من خلالها إن لم يكن بدرجة كاملة فهو بدرجة كبيرة، ذلك أن الأموال مهما كان نوعها وجنسها وطبيعتها فإن لها أسعاراً وأسواقاً تتداول فيها ومن خلال الاطلاع على أوراق ومستندات المضرور يمكن تقدير قيمتها وقيمة ما فاته من كسب نتيجة الضرر الذي وقع عليها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مبلغ التعويض خصوصاً في حالة الوفاة مع العلم أن مبالغ التعويض في هذه الحالة تكون كبيرة مما يتعذر معها على المسؤول دفعها.

٢- المشكلة الأكبر أيضاً في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، إن الهدف من التعويض هو جبر الضرر يعني إحلال شيء محل شيء آخر وكلما كان الشيء المراد إحلاله مكان الشيء الآخر من ذات الجنس يسهل ذلك عملية الإحلال لكن إن اختلفا فيكون من المتعذر القيام بهذا الإحلال، فالضرر المعنوي هو أذى أصاب الإحساس والشعور، فكيف للمال أن يزيل هذا الأذى وإن كان له مثل هذه القدرة فما هي كمية المال الذي يزيل هذا الأذى، أنا اعتقد أن كل مال الدنيا لا يعوض عن فقد أحد الأحبة أو عن الألم الناشئ عن فقد أحد الأشخاص لأحد أعضائه أو حواسه، وغالباً ما تكون المبالغ المقدرة في الإضرار المعنوية مقدرة تقديراً جزافياً لا تستند إلى أساس لذلك نعود ونؤكد إلى أن حل هذه الإشكالية يكون بنظام الدية الذي يعد جابراً لكل الإضرار المادية والمعنوية. ذلك أن مبلغ الدية أو الإرش محدد بشكل موحد لجميع المصابين مما يجعلهم متساوين في الحصول على مبالغ الضمان، على خلاف ما هو معمول به حالياً حيث تتفاوت الأحكام وتختلف الأرقام المحكوم بها بين مضرور وآخر.

الفرع الثاني
تقدير الضمان في القانون المدني الأردني

تحدثنا في الفرع السابق عن تقدير التعويض في القانون المدني المصري وعلى الرغم من الملاحظات التي أبدناها حول هذا الموضوع إلا أن هذه الملاحظات لا تقدح في أن القانون المدني المصري

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- ويقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للمحكمة وتبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين).

ومن خلال استعراض هذه المواد نجد أنها تطابق إلى حد كبير نصوص مواد القانون المدني المصري التي سبق أن ذكرناها في الفرع السابق، لكن المختلف في الموضوع أن القانون المدني الأردني قد فرق في تقدير الضمان بين الأذى الواقع على النفس وإتلاف المال فخصص المادتين ٢٧٣ و ٢٧٤ للحديث عن تقدير الضمان تحت عنوان ما يقع على النفس والمواد ٢٧٥ – ٢٧٨ للحديث عن إتلاف المال.

ونبدأ الحديث عن تقدير الضمان في الأذى الواقع على النفس، ونكرر في هذا الصدد الملاحظات التي أوردنا في الفرع السابق على تقدير التعويض في القانون المدني المصري وذلك لتشابه هذه المواد[١] أما بالنسبة للمادتين ٢٧٣ و ٢٧٤ فقد جاء نصهما كما يلي:

المادة ٢٧٣ (ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقاً للقانون).

المادة ٢٧٤ (رغماً عما ورد في المادة السابقة، كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم، وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار).

---

(١) راجع ما سبق ص٣٣٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لأن ما هو معمول به حاليا في المحاكم أن تقدير التعويض خصوصاً في حالة الوفاة يقوم على محض افتراضات أغلبها غير واقعية ينتج عنها الحكم بمبالغ على المسئول بمعدل خمسين ألف دينار أردني، فإذا ما علمنا أن معظم حالات الوفاة تنتج من حوادث السيارات ومسئولية شركة التأمين في الأردن محددة بموجب نظام التأمين الإلزامي من المسئولية المدنية بمبلغ عشرة آلاف دينار كأضرار مادية وألفي دينار كأضرار معنوية مما يعني أن بقية المبالغ مسئول عن دفعها المسئول وحده، وهذا يحدث إشكالية في تحصيلها لأن معظم المتسببين في الحوادث من عامة الناس الذين لا يملكون هذه المبالغ الطائلة، فبالتالي فإن المبالغ التي يحكم بها كتعويض أيضاً وهو المعمول به ضخمة أيضاً لكنها تحكمية بمعنى أنها تختلف من شخص لآخر فهي لا تحقق مساواة.

أما عن نظام العاقلة فنرى إمكانية الأخذ به في عصرنا الحاضر وذلك بتطوير مفهوم العاقلة، لأنه في زمن الرسول عليه الصلاة والسلام والصحب الكرام رضوان الله عليهم كان هذا النظام الاجتماعي السائد في مجتمعاتهم فكان الحديث عن العاقلة بذلك المفهوم لكن في عصرنا الحاضر لضعف التناصر بين أفراد العشيرة الواحدة فلابد من تطوير هذا المفهوم مع الأخذ بعين الاعتبار أنه في بعض المناطق لازالت العشائرية هي النظام السائد فيمكن الأخذ بها لكن في المدن كالقاهرة وعمان حيث يقل أو ينعدم النظام العشائري فيمكن البحث عن بدائل، فمثلاً في الأردن فإن أبناء المنطقة الواحدة أو العشيرة الواحدة يجتمعون في جمعية خيرية أو ديوان معين وله صفة تسجيل رسمية وله هيئة إدارية ومنتسبون يقومون بدفع اشتراكات شهرية أو سنوية تستخدم لأغراض التكافل الاجتماعي فيمكن أن يكون الديوان عاقلة من هو في هيئته العامة، أيضا فإن أصحاب المهن الحرة لهم

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لعمله طالما أن هناك جهات سوف تدفع عنه مبلغ الدية، نقول للرد على ذلك أن هناك أحوالاً في الدية يدفعها الجاني وحده وهي في حالة شبه العمد أو العفو عن القصاص هذا من ناحية من ناحية أخرى فإنه يمكن أن يحمل الجاني مبلغ ١٠%مثلاً من مبلغ الدية والباقي تتحمله العاقلة وذلك إشعاراً له بالمسئولية حتى لا يطمئن إلى أن هناك آخرين سوف يتحملون مبلغ الدية كاملاً عنه.

تجدر الإشارة أخيراً إلى أنه إن كان المسئول عن دفع الدية شخصاً معنوياً فيتحملها وحده لأن الشخص المعنوي لا عاقلة له وإلى ذلك ذهبت محكمة الاستئناف الشرعية في أحد قراراتها حيث قررت أن الشخص المعنوي لا عاقلة له فالدية في ماله(١) ومع تحفظنا على هذا القرار على اعتبار عدم قيام مسئولية الشخص الاعتباري على أساس المباشرة والتسبب(٢) فإننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من إيجاد أيضاً نظام للشركات لدفع مبالغ الديات أو الأروش إن ثبتت مسئولية أي شخص اعتباري عنها وذلك عن طريق إنشاء صندوق لدى دائرة مراقبة الشركات لهذه الغاية.

وفي قضايا عرضت على المحاكم الشرعية المختصة بنظر دعاوى الدية رفضت هذه المحاكم اعتبار القوات المسلحة عاقلة للجاني وحصرتها في

---

(١) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم ١٩٩٦/٤٠٦٤٧ تاريخ ١٩٩٦/٥/٣٠ منشورات مركز عدالة.

(٢) راجع مما سبق ص٤٦ و١١٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢٧٧ التي نصت(١- إن أتلف أحد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما أتلف ٢- أما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا يضمن) علماً بأن هذه المادة قد وردت تحت العنوان إتلاف المال.

وبعد سرد هذه النصوص القانونية المتعلقة بتعديل أحكام الضمان سوف نحاول أن نستجلي موقف القانون الأردني من هذا الموضوع من الرجوع للمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني نجد أنها أوضحت الموقف في شرحها للمادة ٢٧٠ حيث ورد(أن هذه المادة تتناول الاشتراط المسبق على عدم المسئولية عما يوقعه الشخص بآخر من فعل غير مشروع يلحق به ضرراً، وقد قضت بأن هذا الاتفاق باطل وذلك لاعتباره مخالفاً للنظام العام إذ أن إجازته تيسر فتح باب الإضرار بالناس أو يدفعهم على عدم التحرز في تصرفاتهم، ويلاحظ أن هذا الاشتراط غير التصرف في الحق المالي وهذا جائز لصاحبه ما لم يمس حقاً لغيره، كما أنه يختلف عن العفو الذي حدث فعلاً إذ يتمثل هذا العفو في التنازل عن مبلغ التعويض المستحق وهو جائز، ويلاحظ أخيراً أن اشتراط الإعفاء من المسئولية غير التأمين على الإضرار التي تقع إذ الأول يعفي مرتكب الفعل الضار من أي مسئولية عن الفعل الضار أما الثاني فمؤداه قيام المؤمن بتعويض الضرر الذي يحدث للمضرور) (١)

أما المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٧٧ سابقة الذكر فهي تحيل إلى المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٧٥ والتي ورد فيها أن الإتلاف إن كان بإذن

---

(١) تنص المادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني(إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك) وهذا المادة تطابق إلى حد كبير للمادة ١٦٥ من القانون المدني المصري.

(١) المذكرات الإيضاحية ج١ ص٣٠٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

تعيين منهما للواجب في الذمة من أحد الأنواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضي فيجوز، .... وكذا إن صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق و إبراء عن الباقي وأن صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لأنه ربا، ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً منها فإن صالح على جنس حقه المعين جاز إن كان مثله أو أقل منه وإن كان أكثر لا يجوز لأنه ربا وإن صالح على خلاف الجنس المعين فإن كان من جنس المفروض في الجملة بأن عين القاضي مائة من الإبل فصالح على مائة من البقر أو أكثر جاز وتكون معاوضة) [١]. ويقول الإمام السرخسي في مبسوطه عن الدية (وإن كان القاتل خطأ من أهل الإبل فصالح على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار نقداً أو نسيئة لم يجز أن يعطي أكثر من الدية، لأن مقدار الدية ثابت بالنص فلا تجوز الزيادة عليه، لما في الصلح على الزيادة من معنى الربا) [٢]. ويقول ابن قدامة (فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز... ولأنه إن أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها، فيكون أكل مال بالباطل، فأما إن صالحه على غير جنسها، بأكثر من قيمة منها، جاز لأنه بيع، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل) [٣].

فخلاصة القول أن التنازل عن كل أو جزء قيمة الضمان أياً كان مصدره سواء إتلاف المال أو أذى النفس جائز لأنه بمثابة إبراء فهو إبراء

---

(١) بدائع الصناع في ترتيب الشرائع جـ ٦ ص ٤٦. في نفس المعنى المبسوط جـ ٢١ ص ٥٦ – ٥٨.

(٢) المبسوط جـ ٢٦ ص ١٠٢ وفي نفس المعنى البابرتي، العناية شرح الهداية جـ ٨ ص ٤٢١، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٢٤٢ مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣١٢، رد المحتار جـ٥ ص ٦٣٤.

(٣) ابن قدامة، المغني جـ ٤ ص ٣١٨.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الإعفاء من الدية أو الإرش إن اتفقا على الإعفاء أو التخفيف، أما الاتفاق على التشديد فهو غير جائز أيضاً لأن ما كان مقدراً في الشرع لا تجوز الزيادة عليه، أما الاتفاق على الإعفاء أو ما يعرف بالمصالحة أي الإعفاء من الدية أو الإرش نظير مبلغ معين أو شيء معين فهذا غير جائز أيضاً ذلك أن بدل الصلح والحالة هذه يعد بمثابة ثمن للنفس أو العضو وهذا لا يجوز إذ أن الحر لا يقوم(١).

ومن آراء الفقهاء في هذا الموضوع ما ورد في كتاب الأم (أنه لو أمره في البهيمة بعدوان فأمره بقتلها فقتلها لا يضمن) (٢) وقد ورد في المحلى (فيمن أمر آخر بقطع يده أو بقتل ولده أو عبده أو بقتل نفسه.... إن رجلاً قال لعبد اقطع أذني وأنت شريكي في الدية ففعل. فاختصموا إلى ابن الزبير فقامت البينة على قوله فأبطل ديته) (٣) وقد قيل (لا يلزم إن أتلف مال إنسان بإذنه أنه لا يجب الضمان، لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة، لأنه وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمن) (٤) وإن قطع طرفاً من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل، فلا ضمان عليه وإن قطعة مكرهاً فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص(٥).

وبهذا المثال يتضح الاتفاق على تعديل أحكام الضمان قبل وقوعه (ولو قال ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فألقاه فلا ضمان ولو قال وعلي ضمانه، ضمن دفعاً لضرورة الخوف، ولو لم يكن خوف، فقال ألقه وعلى ضمانه ففي الضمان تردد، أقربه أنه لا يضمن، وكذا لو قال: مزق ثوبك

---

(١) المرجع السابق ص ٤٤٢، الزحيلي نظرية الضمان ص ١٠٨.
(٢) الأم جـ ٦، ص ١٨٨.
(٣) المحلى بالآثار جـ ١١ ص ١١١، تبين الحقائق جـ٣ ص ٢٢٧.
(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٦٨.
(٥) المغني جـ ٩ ص ١٥١.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني
تعديل أحكام الضمان والإعفاء منه
في القانونين المدني الأردني والمدني المصري

لقد حسم القانون المدني المصري أمر الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بنص صريح فجعل أي اتفاق على الإعفاء من التعويض باطلاً، ما لم ينص على غير ذلك وكان ذلك في الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ منه، علماً بأن الفقرة الأولى من ذات المادة سمحت بأن يتم الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة(١).

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد ورد عند الحديث عن التنفيذ بطريق التعويض فيما يتعلق بآثار الالتزام، ومن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذه المادة نجد أنها لم تفصل في مسألة تعديل أحكام التعويض إنما ذكر فيها أن اشتراط الإعفاء من المسئولية المدنية باطل أياً كانت درجة الخطأ ويجوز للمدين تحمل تبعة الحادث الفجائي وهو بهذا يكون قد أمن الدائن ويجوز للمدين أن يؤمن ضد مسئوليته المدنية(٢).

---

(١) تنص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري
١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.
٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه وخطأه الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.
٣- ويقع باطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع).

(٢) الأعمال التحضيرية جـ ٢، ص ٥٥٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ذلك أن بطلان هذه الاتفاقات أو تعلقها بالنظام العام مرده إلى أن المضرور عندما يتنازل عن أحكام المسئولية قبل ثبوت الحق فيها فإنه إنما يتنازل عن شيء لا يملكه أي لم يثبت حقه به فبالتالي فإن محل التزامه بالتنازل عن المسئولية يكون غير معين لذلك ترتب البطلان ونحن نرى في هذا التبرير أكثر من منطقية، ذلك أن أحكام المسئولية التقصيرية وإن كان يقررها القانون إلا أنها حق شخصي للمضرور فلا نرى وجهاً لتعلقها بالنظام العام، فهي إن كانت متعلقة بالنظام العام بدايةً أي قبل وقوعها فيجب أن تكون متعلقة أيضاً بالنظام العام نهاية أي بعد ثبوتها وعليه فكان الأصل أن تمنع جميع الاتفاقات سواء السابقة أو اللاحقة وهذا غير معمول به فتجوز الاتفاقات اللاحقة أما البطلان فمترتب على الاتفاقات السابقة.

وهذا الكلام يمكن تطبيقه بشكل خاص إن كانت المسئولية ناشئة عن ضرر أصاب المضرور في ماله وليس في سلامة جسده فلا يهم المجتمع أن يحترم أحد الأشخاص مال الآخر طالما قبل هذا الأخير أن يعفي المسئول من أي تعويض قد ينشأ بحقه، أما ما كان من الالتزامات ناشئ عن سلامة الأشخاص فهو الذي قد يكون متعلقاً بالنظام العام[١].

أما الاتفاق على تشديد أحكام المسئولية فيرى الأستاذ السنهوري أنه جائز على اعتبار أن الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري قد سمحت به، وهو بذلك غير متعلق بالنظام العام، وتحمل المدين لتبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة هو تحمل لتبعة المسئولية وليس المسئولية ذاتها لأنه إن توافرت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فان المسئولية لا تكون متحققة لانعدام السببية[٢]، ونحن نرى أن هذا الرأي يؤيد

(١) مرقس، الوافي جـ ١، ص ٦٤١.

(٢) السنهوري، الوسيط جـ ١، ص ٩٨١.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

الاتفاقات المعدلة لأحكام الضمان

والتأمين من المسئولية

تمهيد وتقسيم

قد يحدث هناك اتفاق بين المضرور والمسئول على تعديل الضمان بالزيادة أو النقص أو الاتفاق على الإعفاء من هذا الضمان، وذلك لوجود اعتقاد سائد بين الناس أنهم لا يتقاضون عوضاً وهذا يتم بعد حصول الضرر، وقد يتصور أن يكون هذا الاتفاق قبل وقوع الضرر لكنه نادر الحدوث إذ أنه لا تنشأ العلاقة القانونية التي تخول المضرور الحصول على الضمان إلا بعد حصول الضرر، وقد يلجأ بعض الأشخاص إلى التأمين ضد مسئوليتهم المدنية أو حتى يكونوا مجبرين على هذا التأمين في بعض الأحوال وللحديث عن هذه الحالات فسوف نتحدث في المطلب الأول عن الاتفاق على تعديل أحكام الضمان وفي الثاني نتحدث عن التأمين من المسئولية.

المطلب الأول

تعديل أحكام الضمان والإعفاء منه

نقصد بالتعديل الاتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان ويدخل في هذا الباب الحديث عن الإعفاء أيضاً، ومما لا شك فيه أنه يتوجب بحث هذا الموضوع -أي التعديل- قبل حدوث الفعل الضار أو بعد حدوثه. وكعادتنا في هذه الرسالة سوف نتحدث عن موقف الفقه الإسلامي أولاً ثم عن موقف القانون.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقت سواء قبل أو بعد وقوع الضرر والدليل على ذلك ما قضت به المادة ٢٧٧ سالفة الذكر والتي تجعل المسئول غير ملزم بالضمان إن اتلف المال بإذن صاحبه فطالما أن الإذن يرفع الضمان فمن باب أولى فإنه يجيز التخفيف من الضمان، وأيضاً فإن النص قد ورد تحديداً تحت عنوان إتلاف المال فيكون نصاً خاصاً يعطل النص العام الوارد ضمن الأحكام العامة الذي يمنع الاتفاق على تعديل أحكام الضمان. أما مسألة التشديد في أحكام الضمان بمعنى أن المضرور يأخذ أكثر من حقه بالضمان فهذه لا نرى جوازها في أي حالة من الحالات والسبب في ذلك أن القانون المدني الأردني مأخوذ من الفقه الإسلامي، وحسب أحكام الفقه الإسلامي لا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي فإن أخذه فعليه رده وهذا هو نص القانون المدني الأردني فيما يتعلق بالكسب بلا سبب إلا أن تكون هذه الزيادة من قبيل التبرع من المسئول فيطبق عليها في هذه الأحوال أحكام الهبة، ومثال أن يقوم أحد الأشخاص بالتسبب بوفاة شخص آخر أو يؤذيه فيقعده عن ممارسة أعماله ويكون المضرور فقير الحال ويكون المسئول ميسور الحال فيتبرع له بمبلغ إضافي زيادة عن الضمان بسبب فقره فإن هذا المبلغ الزائد لا نرى فيه ضماناً إنما هو من قبيل التبرعات.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الأول

التأمين من المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي

لم تتعرض كتب الفقه الإسلامي القديمة لموضوع عقد التأمين إلا في حالة واحدة سوف نذكرها لاحقاً. ذلك أن هذا الموضوع كما سبق أن ذكرنا يعد حديثاً نسبياً، لذا فقد تم بحثه لدى الفقهاء المحدثين، ولهؤلاء موقف من عقد التأمين فمنهم من يرى جواز التأمين ومنهم من يرى الحرمة ومنهم من يرى الجواز بشروط والحرمة إن تخلفت هذه الشروط وسوف نعرض باختصار لهذه الآراء حتى نستجلي حقيقة التأمين، لكن قبل ذلك فسوف يقتصر بحثنا في هذا الموضوع على عرض آراء الفقهاء دون أن نتدخل في الترجيح أو إعطاء الرأي وذلك لأن هذه المسألة بحاجة إلى اجتهاد شرعي أي قدرة على إعطاء الحكم الشرعي وهذه المسألة لها أهلها من الأئمة المجتهدين، لكن وفي نفس الوقت قد نميل إلى رأي دون رأي آخر فإن هذا من قبيل الرأي الشخصي الذي هو ليس من الفتوى ويعد رأينا لا قيمة له في حال صح الحكم الشرعي على مسألة مخالفة.

بعد هذا التوضيح نقول أن الحالة الوحيدة التي وجدناها في كتب الفقه الإسلامي القديمة عن عقد التأمين أو السوكرة كما تمت تسميته كانت في حاشية ابن عابدين وهذا نصها(مطلب مهم فيما يفعله التجار لدفع ما يسمى سوكرة وتضمين الحربي ما هلك في المركب وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا: وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١) عقد الموالاة

٢) وضمان خطر الطريق عند الحنفية.

٣) وقاعدة الالتزامات والوعد الملزم عند المالكية.

٤) ونظام العواقل في الإسلام.

٥) النظام المطبق في معظم الدول وهو نظام التقاعد والمعاش.[١]

وهذه الأمثلة استدل بها الأستاذ الزرقا– رحمه الله– على جواز جميع أنواع التأمين والأول منها كان لقياس التأمين من المسئولية ولكونه الألصق بموضوعنا سوف نتحدث عنه قليلاً.

عندما تحدث الأستاذ الزرقا عن عقد الموالاة أشار إلى رأي للأستاذ أحمد طه السنوسي الذي يوافقه الرأي[٢] وخلاصة هذا الموضوع أن هناك عقداً بالفقه الإسلامي اسمه عقد الموالاة، أو هو ولاء الموالاة وهي معاقدة تجري بين من أسلم ولا قريب له يرثه وبين مسلم يقول له واليتك على أن تعقل عني وترثني[٣] والهدف من هذا العقد هو التناصر أي يطلب من كل واحد من المتعاقدين أي يناصر الآخر[٤] وللموالي أن يتحول بولائه إلى شخص آخر إن لم يكن من والاه في البداية قد عقل عنه فإن كان قد عقل عنه لا يجوز له أن يتحول بولائه[٥]

---

(١) مصطفى احمد الزرقا، نظام التأمين، مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الرابعة ١٩٩٤ ص٥٧–٥٩، وللأستاذ الزرقا في هذا الكتاب تفصيل طويل لرد الشبهات عن عقد التأمين وقد أسهب في شرحها ولا يتسع المقام لذكرها هنا للتفصيل أنظر المرجع السابق ص٤٧ وما بعدها.

(٢) الزرقا، المرجع السابق ص٣٠

(٣) طلبة الطلبة ص٦٦، الجوهرة النيرة ج٢ ص١١٦

(٤) المبسوط ج٨ ص٨١، تبين الحقائق ج٥ ص١٧٥، العناية شرح الهداية ج٩ ص٢١٨

(٥) المبسوط ج٨ ص٩١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

رابعاً: انه عقد صرف،لان إعطاء النقود في سبيل نيل النقود في المستقبل وعقد الصرف لا يصح إلا بالقبض.

خامساً: لأنه لا توجد ضرورة اقتصادية توجبه.[1] ومن الذين حرموا التأمين أيضاً الشيخ محمد بخيت المطيعي، الشيخ عبد الرحمن قراعة، د. يوسف القرضاوي، د. جلال مصطفى الصياد، د. الصديق فخر الأمين الضرير[2]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في الفترة ٢٥ ربيع الآخر ١٣٩٩- ٤ جمادى الأولى ١٣٩٩ قد حرم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال[3]

ومما يشار إليه أخيراً أن معظم الفقهاء المحدثين أجاز التأمين التعاوني أو التبادلي، وكذلك تأمين المعاشات أو ما يعرف حالياً بالضمان الاجتماعي أو التأمينات الاجتماعية، وقد أجازوها لما فيها من صور التعاون والتكافل والهدف منها ليس تحقيق الربح، وكان هذا رأي مجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر حيث يرى أن هذا نوع من التعاون على البر[4]

خلاصة الموضوع أن فقهاء المسلمين القدماء لم يبحثوا في التأمين بسبب عدم وجوده في عصرهم أما الفقهاء المعاصرين فقد أجمعوا تقريباً

---

(١) لتفاصيل رأي الإمام محمد أبو زهرة ورده على الشيخ مصطفى الزرقا أنظر، د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص١٣٦ وما بعدها

(٢) لتفاصيل آرائهم أنظر د. عيسى عبده، المرجع السابق ص١٦٧ وما بعدها أيضا: الشيخ فيصل مولوي، المرجع السابق ص٦٧ وما بعدها

(٣) الشيخ فيصل مولوي، المرجع السابق ص١٥٧

(٤) د. عيسى عبده، المرجع السابق ص١٨٧، د. محمود السرطاوي، المرجع السابق د. الصديق حمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ص٦٤٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهما التأمين من الحريق والتأمين على الحياة تاركاً الأحكام الخاصة بعقود التأمين المختلفة للقوانين الخاصة، وكانت هذه خطة القانون المدني المصري أيضاً[1].

وإن إيراد القانون المدني لعقد التأمين من الحريق والتأمين على الحياة ما هو إلا إعطاء أمثلة لنوعي التأمين الرئيسيين وهما تأمين الأشخاص وتأمين الأشياء حيث يتميز كل نوع منهما عن الآخر بأن تأمين الأشخاص ليس له الصفة التعويضية بينما تأمين الإضرار له مثل هذه الصفة ويترتب على ذلك أن الهدف من تأمين الأشياء هو جبر الضرر فليس للمؤمن إلا الحصول على تعويض للضرر الذي أصابه ولا يجوز له الحصول على أكثر من ذلك بأي حال من الأحوال، أما تأمين الأشخاص فتنعدم به هذه الصفة مما يترتب عليه أن شركة التأمين تلتزم بدفع مبلغ التأمين فور حصول الخطر المؤمن منه بغض النظر عن وجود أو كمية الضرر ويترتب على ذلك أن المؤمن له يجوز له أن يجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض إن وجد[2]، وعلاقة هذا التقسيم بموضوعنا أنه في تأمين الأشخاص ليس هناك تعديل لأحكام التعويض فالمسئول هو الملزم بدفعه، أما في تأمين الأشياء والإضرار فإنه يقسم إلى قسمين تأمين الأشياء والتأمين من المسئولية، أما عن الأول فبموجب هذا النوع من التأمين يلجأ الشخص ولخشيته من الخسارة بسبب أخطار متوقعة إلى شركات التأمين ليؤمن على ماله فإن تحقق الخطر المؤمن

---

(١) لقد نظم القانون المدني الأردني عقد التأمين في المواد من ٩٢٠ – ٩٤٩ منه وذلك ضمن عقود الغرر حيث سبق الحديث عن عقد التأمين الحديث عن عقد الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة.

أما القانون المدني المصري فنظم عقد التأمين في المواد ٧٤٧ وحتى ٧٧١ وأيضاً ضمن الغرر حيث سبق الحديث عن عقد التأمين عقد المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة.

(٢) انظر د. جلال إبراهيم، عقد التأمين ص ١٠٨ وما بعدها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المركبة إلا بعد إبراز عقد تأمين يغطي الإضرار المادية والبدنية والوفاة الناشئة عن استخدام المركبة.

ومن أمثلة هذا التأمين نظام التأمين الإلزامي من المسئولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١[١] وأهم ميزات هذا النظام أنه ألزم به جميع مالكي المركبات سواء الأردنية أو غيرها ممن تسير على أراضي المملكة بالتأمين عليها ضد المسئولية المدنية وتلتزم شركة التأمين بموجب هذا النظام بتعويض الغير عن أي مبالغ يكون المؤمن مسئول عن دفعها كتعويض عن الضرر وذلك ضمن الحد الأقصى المحدد كسقف لالتزام شركة التأمين[٢]، وقد حدد هذا النظام حالات لا تترتب فيها على شركة التأمين أية مسئولية[٣] وهناك حالات نص عليها النظام سمح بموجبها

---

(١) منشور على الصفحة ٢٠٤٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٩ بتاريخ ٢٠٠١/٥/٣١ وقد صدر هذا النظام بالاستناد إلى قانون تنظيم أعمال التأمين وتعديلاته رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٩ المنشور على الصفحة ٤٢٧١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٣٨٩ تاريخ ١٩٩٩/١١/١.

(٢) المادة ١٠ من النظام حيث تنص (مع مراعاة أحكام المادة ١٢ من هذا النظام تلتزم شركة التأمين بتعويض الغير عن أي مبالغ يكون المؤمن له مسئولا عن دفعها كتعويض عن الضرر، وتحدد مسؤولية شركة التأمين في التعويض وفق أسس تحدد بمقتضى تعليمات يصدرها مجلس الوزراء بناءً على تنسيب المجلس).

(٣) المادة ١٢ من النظام المشار إليه أعلاه حيث تنص (لا تترتب على شركة التأمين أي مسؤولية بمقتضى هذا النظام عما يلي:

أ- الضرر الذي يلحق بالمؤمن له أو بالمركبة العائدة له أو بالسائق أثناء قيادة المركبة.

ب- الضرر الذي يلحق بالغير الناجم عن استعمال المركبة في سباق سيارات محلي أو دولي منظم أو في اختبارات تحمل المركبات.

ج- الضرر الذي يحلق بركاب مركبة المؤمن له نتيجة لاستعمالها لتعليم قيادة المركبات إذا لم تكن مرخصة لهذه الغاية.

د- الضرر أو الخسارة التي تلحق ببضائع الغير المنقولة بواسطة مركبة المؤمن له لقاء أجر.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

شركة التأمين في حالة الوفاة مبلغ عشرة آلاف دينار كتعويض عن الإضرار المادية وألفي دينار كتعويض عن الإضرار المعنوية، وكذلك الحال بالنسبة للعجز الدائم مضروباً بنسبة العجز إن كان العجز جزئياً أما الإضرار المادية فحددها النظام بحد أقصى بمبلغ ٧٥ ألف دينار، وقد اعتبر هذا النظام وملحقاته مبالغ التعويض من حق الورثة توزع بينهم بحسب أنصبتهم الشرعية.

ولا يختلف الوضع كثيرا في القانون المصري إذ كان التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات محكوماً بالقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ إلى أن صدر القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧ قانون التأمين الإجباري عن المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات

علماً بأن موضوع التأمين الإلزامي كان محكوماً في الأردن قبل صدور النظام الذي نتحدث عنه بنظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٧، المنشور على الصفحة ١٠٨٠ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٣٣٢ تاريخ ١٩٨٥/٨/١، حيث كانت المحاكم تحكم على شركة التأمين بموجب هذا النظام بالحد الأعلى المنصوص عليه بهذا النظام والبالغ ١٠٠ ألف دينار عن الحادث الواحد بموجب المادة ٦/أ منه مما يترتب عليه أنه كان يتوجب على شركة التأمين دفع مبالغ تزيد عن حدود مسئوليتها لكل نوع من أنواع الإضرار على اعتبار أن تحديد مسئولية شركة التأمين لكل نوع من أنواع الإصابات محدد بالعقد بينها وبين المؤمن له ولا علاقة للمضرور به، لكن وبعد صدور نظام التأمين من المسئولية المدنية فقد أصبحت مسئولية شركة التأمين محددة بموجبه لكل نوع من أنواع الإضرار فلم يعد بإمكان المضرور إلا أن يحصل منها على هذا الحد الأعلى وما زاد عنه يعود به على مالك المركبة والمتسبب على اعتبار أن التحديد قد تم بموجب نظام صادر عن سلطة مختصة بإصداره فهو ملزم للجميع، انظر تمييز حقوق رقم ٢٠٠٧/٩٩ تاريخ ٢٠٠٧/٣/٦، تمييز حقوق ٢٠٠٦/٣٨٠٥ تاريخ ٢٠٠٧/٤/٥ منشورات مركز عدالة، كما لم تكن المبالغ المستحقة بموجب النظام الملغي تعتبر من قبيل التركة إنما كانت توزع على كل من ثبت أنه أصابه ضرر نتيجة وقوع الحادث تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/١٢٥٩ تاريخ ٢٠٠٢/٥/٢٣ منشورات مركز عدالة.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المفعول أو عند عدم معرفة المركبة المسببة للضرر أو عدم معرفة مالكها أو سائقها ويمول هذا الصندوق من شركات التأمين بنسبة من الأقساط التي تستوفيها شركات التأمين في التأمين من المسئولية المدنية.

وهناك حالة أخرى ألزم فيها القانون الأردني فئة أخرى بالتأمين ضد المسئولية المدنية وهذه المرة فئة مهنية حيث خول قانون تنظيم مهنة المحاسبة القانونية المؤقت(١) الهيئة العليا أن تصدر تعليمات تبين فيها فئات المحاسبين القانونيين الملزمين بالتأمين ضد المسئولية المدنية الناشئة عن مزاولته لمهنته لكن لغاية الآن لم تصدر مثل هذه التعليمات.

ومن صور التأمين أيضاً التأمينات الاجتماعية أو الضمان الاجتماعي، حيث أن رب العمل وبموجب قانون العمل يلتزم بتعويض العامل عن إصابات العمل وكما هو معلوم فإن هذه مسئولية سببها عقد العمل، لكن وبوجود قانون الضمان الاجتماعي(٢) فتحملت المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي هذا الالتزام بمقابل الاشتراكات التي تؤدى إليها من قبل العامل وصاحب العمل، ومنع العامل من مطالبة صاحب العمل بأي تعويضات تترتب له نتيجة إصابة العمل وينحصر حقه في مطالبة المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي، وهذا نوع من أنواع التأمين من المسئولية المدنية حيث

---

(١) المادة ٢٦ من قانون تنظيم مهنة المحاسبة القانونية المؤقت رقم ٧٣ لسنة ٢٠٠٣ المنشور على الصفحة ٣٢٩٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٦٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٦.

(٢) قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ١٩٨٤ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٩ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٥/٣١ وتنص المادة ٣٦ منه (مع مراعاة ما ورد في أي قانون أو تشريع آخر لا يحق للمصاب أو لورثته أو للمستحقين عنه المطالبة بأي تعويضات غير الواردة في هذا القانون وذلك فيما يتعلق بإصابات العمل، إلا إذا كانت الإصابة ناشئة عن خطأ جسيم من صاحب العمل).

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الخلاصة

إن فقهاء المسلمين القدماء، لم يعرفوا التأمين من المسئولية ولم يتحدثوا عنه لأنه لم يكن معروفاً في زمنهم، أما الفقهاء المحدثين فقد اختلفوا اختلافاً كبيراً في موقفهم من هذا التأمين بشكل خاص ومن التأمين بشكل عام مع أن الكفة تميل إلى جهة من يرون فيه التحريم، وفي ظل هذه الحيرة فالدعوة مفتوحة لاتفاق الفقهاء في المجامع الفقهية على رأي موحد حول هذا الموضوع حتى لا يُتْرَكَ المسلمون في حيرة.

أما في القانون فالأمر مستقر وهناك قوانين أو أنظمة تحكم المسئولية المدنية خصوصاً في مجال استخدام المركبات وتجعل هذا التأمين إلزامياً في كثير من الدول، والمجال مفتوح أمام هذه القوانين لشمول كثير من أنواع المسئوليات المدنية في التأمين الإجباري خصوصاً المسئولية الناشئة عن الأخطاء المهنية، لكن تبقى المشكلة قائمة في الدول التي لا تأخذ بنظام الدية فشركات التأمين تلتزم بدفع الحد الأقصى المنصوص عليه في النظام ويترك المجال للمضرور لمطالبة المسئول بما زاد عن هذه الحدود والتي في الأغلب تكون مبالغ طائلة يتعذر على المضرور تحصيلها بسبب إعسار المسئول، فالدعوة مفتوحة للقوانين التي تأخذ بنظام التأمين الإلزامي من المسئولية المدنية أن تقوم بتحديد مبالغ الضمان تحديداً موحداً للجميع - وتحديداً في حالة الوفاة والإصابات الجسدية- وتجعل شركة التأمين مسئولة عن دفع هذه المبالغ فقط وليس أكثر منها لأن الأصل أن جميع المواطنين متساوون ولأن تقدير التعويض في حالة الوفاة والإصابات الجسدية حاليا يقوم على محض افتراضات تختلف من شخص لآخر فتجعل مبالغ التعويض أو الضمان مختلفة من حالة لأخرى، لكن هذا كله بعد عرض الأمر على الفقهاء لإعطاء الحكم الشرعي حول هذا الموضوع.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الخاتمة

بعد أن أكرمني الله عز وجل بإتمام هذا البحث على الوجه الذي تقدم في أبوابه وفصوله، فإنني وفي هذه الخاتمة سوف أجمل النتائج التي توصلت إليها، مقدماً في الوقت ذاته التوصيات التي أدعو إلى الأخذ بها.

ولعل من أول التوصيات التي أقدمها هي زيادة مواد الفقه الإسلامي التي تدرس لطلبة كليات الحقوق خصوصاً المواد المتعلقة بأصول الفقه والمقارنات بين الشريعة والقانون وذلك لأهمية الخلفية الشرعية للقانوني، خصوصاً أن القانون المدني الأردني حدد طريقة إلزامية لفهم نصوصه وهي بالاستناد إلى مبادئ علم أصول الفقه الإسلامي، ناهيك عن أن الفقه الإسلامي هو المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني.

بعد هذه التوصية العامة، نقول أننا قد بحثنا هذه الرسالة في بابين ومقدمة تمهيدية تحدثت فيها عن التعريف بالقانون المدني الأردني، أما الباب الأول فخصصناه للحديث عن أركان مسئولية المباشر والمتسبب من فعل ضار وضرر وعلاقة سببية وكان ذلك في ثلاثة فصول لكل ركن فصل، وكنا في بحثنا لهذه الفصول نعرض موقف الفقه الإسلامي ثم ما هو عليه الوضع في القانون الأردني مقارنين في الوقت نفسه بالقانون المدني المصري، ولم نغفل في ذات الوقت إلقاء الضوء على التشريعات العربية المقارنة.

أما الباب الثاني فقد تحدثنا فيه عن أحكام مسئولية المباشر والمتسبب وكان ذلك في فصلين الأول لتطبيقات المباشرة والتسبب، من استعمال الحق إلى المسئولية عن الأعمال الشخصية مروراً بالمسئولية عن فعل الغير ختاماً بالمسئولية عن الأشياء، أما الفصل الثاني فكان لأحكام مسئولية المباشر

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

شرط ضمان المتسبب الوحيد لأنه يشمل الشروط الأخرى التي وضعها القانون المدني الأردني.

رابعاً: لقد حددنا في هذا البحث مفهوم المباشر وهو الشخص الذي يؤدي فعله إلى حدوث الضرر مباشرة دون أن يتوسط بين فعله والضرر أي فعل آخر، وتوصلنا إلى أن المباشرة من ناحية عملية لا يتصور وقوعها إلا بالفعل الإيجابي دون السلبي أما بالنسبة للمتسبب فإنه الشخص الذي يهيئ الظروف لحدوث الفعل الضار أي أن الضرر يحدث عند فعله لا به، ويكون التسبب بالفعل الإيجابي والسلبي على حد سواء.

خامساً: لا يعد التمييز شرطاً للضمان في القانون المدني الأردني، لا في المباشرة ولا التسبب، بمعنى أن عديم التمييز يضمن بصورة أصلية وبصفته مديناً أصلياً بالضمان، ومسئوليته عن الضمان كاملة، وذلك على خلاف القانون المدني المصري إذ الأصل فيه عدم ضمان عدم التمييز إلا على سبيل الاستثناء وبشروط محددة.

سادساً: لما طبقنا قواعد المباشرة والتسبب على الشخص الاعتباري وجدنا أن هذا الأخير لا يتصور صدور فعل منه إنما الفعل يصدر عن ممثله لذلك فالمباشرة أو التسبب تنسب لهذا الممثل أما الشخص الاعتباري فيسأل عن أفعال ممثله على أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه.

سابعاً: وجدنا أنه وإن كان الجواز الشرعي ينافي الضمان إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ هي مقيدة بقيدين أولهما: أن لا يكون المباح مقيد بشرط.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حادي عشر: وجدنا محاولات في القانون المدني المصري لتوسيع نطاق المسئولية التقصيرية، وذلك عن طريق جعل الخطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس في أحوال، ولا يقبل إثبات العكس في أحوال أخرى، وذلك رغبة من القانون المدني المصري في توفير وسائل للمضرور من خلالها يمكنه الحصول على التعويض، ونرى أن هذه المحاولات بها التفاف على أساس المسئولية عن العمل غير المشروع في القانون المدني المصري، وندعوه لإقامة هذه المسئولية على أساس موضوعي مرتبط بالضرر وجبره، لأن حماية المضرور أولى من حماية المسئول.

ثاني عشر: فيما يتعلق بالضرر المادي فلم نجد اختلافات بينة بين الفقه الإسلامي والقانونين المدني الأردني والمصري، أما فيما يتعلق بالضرر المعنوي قد أثبتنا أن الفقه الإسلامي قد عرف هذا النوع من الضرر، وقد عرف الفقه الإسلامي وسائل كثيرة لجبر هذا النوع من الضرر وذلك من خلال التعزير بكل صوره هذا إذا لم يكن للفعل الذي أنتج الضرر المعنوي عقوبة أو ضمان مقدر شرعاً، وذلك على خلال القانون المدني الأردني والمصري الذين حصرا ضمان الأضرار المعنوية بتعويض مالي لم نرى فيه جبر للضرر المعنوي، لذلك ندعو لتنظيم الضرر المعنوي وضمانه حسب أحكام الفقه الإسلامي وذلك عن طريق التعزير بكل صورة بمعنى أن يترك للقاضي تحديد طريقة جبر الضرر المعنوي بما يتناسب مع كل حالة طبعاً هذا إن لم يكن للفعل في هذه الحالة عقوبة أو ضمان مقدر مسبقاً فتكون هذه العقوبة أو هذا الضمان كل ما يجب.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والتوصية بهذا المجال الأخذ بنظام الدية المقدرة للخروج من مسألة اختلاف مبلغ التعويض من حالة لأخرى هذا من ناحية، وأن تحمل العاقلة هذه الدية من ناحية أخرى، مع التوجه لتحديد مفهوم حديث للعاقلة كأن تكون صندوق خاص أو ضمان اجتماعي مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذه الدية هي تعويض للأضرار المادية والمعنوية وهي حق للورثة دون غيرهم توزع بينهم بحسب أنصبتهم الشرعية.

ومن الجدير ملاحظته أيضاً أنه عندما تكون الدية الواجبة في أحوال الجناية على النفس أو ما دونها فإن هذا يستلزم تعديل قانون العقوبات أيضاً لتكون هذه الدية هي العقوبة في الأحوال التي تجب فيها.

سادس عشر: لم نجد خلافاً يذكر بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي في بقية صور الفعل الضار والمتمثلة في إتلاف المال أو الغصب والتعدي أو المسئولية عن فعل الغير أو المسئولية من الأشياء، وقد وافق فيها القانون المدني الأردني الأساس الذي بنيت عليه نظرية المسئولية التقصيرية فيه، على خلاف القانون المدني المصري الذي لم يجد مناصاً لحماية المضرور سوى اختلاق نظرية الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس في حالات والغير قابل لإثبات عكسه في أحوال أخرى.

والتوصية في هذا المقام للقانون الأردني الإبقاء على هذه النصوص كما هي مع تطويرها إن استلزم الأمر بما يتلائم مع المستجدات مثل مسألة نقل عبء الإثبات وَهو ما أخذ به القانون فعلاً في المسئولية عن الأشياء غير الحية.

أما بالنسبة للقانون المصري، فنقول أن مسألة الخطأ المفترض تمثل انقلاب على أساس المسئولية عن العمل غير المشروع، ونحن أول من يعترف بشرعية هذا الانقلاب ويؤيده ليصل إلى أساس المسئولية في العمل غير

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

من أكثر الأشياء التي تثير إشكاليات أمام القضاء ذلك أنها تقوم على محض افتراضات قد لا يكون لها وجود في الواقع مما يجعل المضرور غير راض في غالب الأحيان عن مقدار الضمان، ويجعل المسئول قلـق مـن مقـدار الضمان الذي يجب عليه دفعه هذا إن لم يكن المبلغ باهظاً لدرجة أنه سـوف يؤديه إلى إعسار المسئول لسنوات طويلة.

لذلك نعود ونؤكد على توصيتنا السابقة بضرورة الأخذ بنظام الديـة والإرش في أحوال المسئولية الناشئة عن الأذى الواقع على النفس أو ما دونها طبعـاً مع إقرار نظام جديد للعاقلة بعد استشارة أهل الفتوى.

أما فيما يتعلق بتقدير الضمان في إتلاف المال فلا إشكاليات تذكر ذلك أن ما تم إتلافه مال، فلا مشكلة بمقابلته بالمال بإعادة مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، ويتصور إعادة الحال إلى ما كان عليه إن أمكن ذلك وهذا ما عليه الوضع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

عشرون: في تعديل أحكام الضمان وجدنا الفقه الإسلامي يقبل فكرة الإعفـاء من الضمان قبل وقوعه أو حتى التخفيف من أحكامه في حالة إتلاف المال. أما الأذى الواقع على النفس أو ما دونها فالفقهاء فيه على خلاف فمنهم مـن يرى أن مسقط للقصاص دون الدية ومنهم من يرى أنه مسـقط للقصـاص والدية، أما التشديد في أحكام الضمان بأخذ زيادة عن المقدر شـرعاً فغيـر جائز لأنه أكل مال بالباطل.

وذلك على خلاف الوضع في القانون المدني المصري الذي حسم مسألة عدم الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف أحكام المسئولية عن العمل غير المشـروع قبل وقوعه وجواز ذلك بعد ثبوت هذه المسئولية، أما تشديد أحكام المسئولية فجائز.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ملخص

القانون المدني الأردني من أول القوانين العربية الذي أخذت بالتفرقة بين المباشرة والتسبب كأسلوب لحدوث الفعل الضار، وكنتيجة لهذه التفرقة اختلفت شروط المسئولية عن الفعل الضار لكل من المباشر والمتسبب، ولأن الفقه الإسلامي يعتبر المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني فقد تناولت هذه الدراسة مسئولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني مقارنة بالشريعة الإسلامية، ولم تغفل هذه الدراسة القانون المدني المصري بالمقارنة لما لهذا القانون من أهمية كون انه يعتبر من أول القوانين المدنية العربية .

ولهذه الغاية فقد تم تقسيم هذه الرسالة إلى بابين سبقهما تمهيد ثم التعريف به بالقانون المدني الأردني ونظرية الفعل الضار فيه، أما الباب الأول فقد تناول أركان مسئولية المباشر والمتسبب وتم تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول الأول للفعل الضار والثاني للضرر الموجب للضمان والثالث لعلاقة السببية، أما الباب الثاني فاحتوى على فصلين الأول لتطبيقات المباشرة والتسبب والثاني لأحكام هذه المسئولية .

واتبعنا في هذه الدراسة أسلوب المقارنة ففي كل موضوع كنا نبحث عن موقف الفقه الإسلامي ثم موقف القانون المدني الأردني ومدى مطابقته أو مخالفته للفقه الإسلامي ثم نعرض هذا الأمر على القانون المدني المصري لنستوضح موقفه .

وفي بحثنا في فصول وأبواب هذه الرسالة وجدنا إن المباشر في الفقه الإسلامي، وكذلك في القانون المدني الأردني هو من يقوم بالفعل الضار بنفسه أو بواسطة أي شيء تحت يده طالما هو المسيطر والموجه لهذا الشيء، وانه لقيام مسئوليته لا يشترط أي شروط سوى أن يصدر الفعل منه

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما فيما يتعلق بالقانون المدني المصري فانه لم يعرف التفرقة بين المباشرة والتسبب، إنما هو أقام المسئولية عن العمل غير المشروع عن أساس شخصي معياره الخطأ واجب الإثبات أحيانا والمفترض فرضاً يقبل أو لا يقبل إثبات العكس في أحوال أخرى، وقد وجدنا اضطراباً لدى فقهاء القانون في تعريف الخطأ، على اعتباره انه تم محاولة إيجاد معنى اصطلاحي للخطأ يختلف عن معناه اللغوي، وعلى أساس هذا المعيار فان المسئولية لا تقوم إلا في حق الشخص المميز على سبيل الأصل، وقد يسأل عديم التمييز على سبيل الاستثناء، وللخروج من دائرة الخطأ فقد حاول بعض فقهاء القانون توسيع مفهوم الخطأ لجعله يشمل حالات أوسع للمسئولية، حتى إن بعضهم اقترب من المسئولية الموضوعية في هذا المجال.

ولدى حديثنا عن الضرر الموجب للضمان تناولنا تعريف الضرر، الذي يتمثل في الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، ويقسم الضرر إلى: الضرر المادي والضرر المعنوي، أما الضرر المادي فينقسم بدوره إلى ضرر مادي مالي وضرر مادي جسماني، وحتى يتم ضمان الضرر لا بد أن يكون المال الذي مسه الضرر مالا مملوكا، متقوم وأن يكون الضرر محققا، أما الضرر الجسماني فهو الذي يصيب الإنسان في جسده، سواء بوفاته أو بإصابته، والضرر المعنوي عرفه الفقه الإسلامي كما عرفته القوانين الوضعية لكنهما اختلفا في أسلوب ضمان هذا الضرر، فالفقه الإسلامي عرف صورا كثيرة لضمان الضرر المعنوي، منها العقوبات المقدرة شرعا مثل الحدود ومنها التعزيز الذي يجتهد الحاكم فيه، ليكون بأسلوب يضمن فيه الحاكم ردع من أوقع الضرر ورد الاعتبار للمضرور، أما القوانين الوضعية فلم تعرف إلا التعويض المالي الذي قد

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التوفيق بين موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية فهو من جهة سمح بالدية ولم يضع تفصيلات لها ومن جهة أخرى سمح بالجمع بينها وبين التعويض المالي الذي سمح لغير الورثة الطالبة به .

أما القانون المدني المصري وعند حديثه عن هذه المسئوليات، خرج عن قواعده العامة التي أقام فيها المسئولية على خطأ واجب الإثبات وأقام هذه المسئوليات على خطأ مفترض يقبل إثبات العكس في المسئولية عن فعل الغير وخطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس في المسئولية عن الأشياء، محاولاً بذلك إيجاد فرص اكبر للمضرور للحصول على تعويض الضرر، الأمر الذي اعتبره البعض محاولة من القانون المصري إلى الاقتراب من المسئولية الموضوعية .

وأخيرا فان دعوى الضمان هي الوسيلة التي يمكن للمضرور أن يواجه فيها المسئول للحصول منه على الضمان علماً بان القانون المدني الأردني قد استخدم مصطلح الضمان وذلك للتعبير عن جزاء المسئولية، واستخدم القانون المصري مصطلح التعويض، ودعوى الضمان أو التعويض لا تتمتع بأحكام خاصة إنما هي دعوى تستخدم وفقاً للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية في القانون الأردني، ولم يختلف القانونين المدني الأردني والمدني المصري في إعطاء المضرور مدة ثلاث سنوات لرفع الدعوى من تاريخ علمه بالضرر وبالمسئول عنه، وخمسة عشرة سنة بحد أقصى من تاريخ وقوع الفعل الضار، ولم يتم تجريد المسئول من بعض الوسائل التي بإمكانه أن يدفع المسئولية من خلالها كإثبات مشروعية الفعل الضار أو حالة الضرورة أو حالة الإذن بالإتلاف إلى غير ذلك من الوسائل التي تم بحثها.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ABSTRACT

THE RESPONSIBILITY OF PRACTITIONER AND CAUSER IN THE JORDANIAN CIVIL LAW A COMPARATIVE STUDY BETWEEN ISLAMIC LAW AND EGYPTIAN CIVIL LAW

The Jordanian Civil Law is one of the first Arabic laws that distinguished between practicing and causing as a means of doing harmful action. As a result the conditions of responsibility for harmful actions differ as to practitioner and causer. As Islamic jurisdiction is the historical source of Jordanian civil law, this study has dealt with the responsibility of the practitioner and causer in Jordanian Civil Law in comparison to Islamic Law. The study did not forgo Egyptian Civil Law which has a great importance being one of the first Arabic civil laws.

Thus, the study has been divided into two sections preceded by a prelude then a definition of Jordanian Civil Law and its Harmful Action Theory. The first section deals with the elements of the responsibility of practitioner and causer. This section has been divided into three chapters: the first deals with harmful action; the second deals with the action witch entails insurance; the third deals with the action which entails causality. The second section contains two chapters: the first deals with the applications of practicing and causing, and the second deals with the rules of this responsibility.

In this study we have used the comparison technique. In every subject we have considered the opinion of Islamic Law then the opinion of the Jordanian Islamic Law and how

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

distinction is not a condition for the causer's warranty. Jordanian Civil Law agreed with Islamic Jurisdiction in this respect. But Jordanian Civil Law extended the causer's warranty, making the causer warrantor in case of transgression and the action leading to harm.

When both the practitioner and the causer are present, the warranty falls to the practitioner except in some cases in which both the practitioner and the causer warrant or the causer alone.

As for Egyptian Civil Law, it does not recognize the difference between practicing and causing. It set the responsibility for the illegal action on a personal basis that depends on fault that must be proven sometimes and supposed in away that admits for proving/not proving the contrary in other circumstances. Confusion among jurisprudents as to the definition of fault has been reported having in mind that a terminology of fault that differs from its lexical meaning has been attempted. According to this standard responsibility falls into the mature person originally. The immature person can be responsible for his actions as an exception. In order to avoid errors some jurisprudents tries to enlarge the concept of fault so that it would contain larger cases of responsibility to the extent that some of them were close to objective responsibility in that domain.

Talking about harm entailing warranty, we addressed the definition of harm which consists in the injury inflicted on the injured person as to his body, money, honor, or feelings. Harm falls into the following categories: physical and mental harm. Physical harm is divided into financial physical harm and bodily physical harm. In order for the harm to be warranted someone, assessed; must own the

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

Transgression was not a condition set by the law in the cases when the harmful action is done as a practice, while it is a condition in cases when the harm is caused. Moreover, the Jordanian Law sets a general rule that makes every person responsible for his actions, and none is responsible for another person's actions except for paying warranty money only, he has the right to charge the money paid from the person responsible.

The most important remark on the Jordanian law has to do with responsibility for bodily harm when confusion inflict its rules, for it tries to reconcile the opinion of Islamic Jurisdiction and positive laws: it, on one hand, permitted blood money and did not elaborate on it. On the other hand it allowed combining it with financial damages that the law allowed persons other than heirs.

Addressing these responsibilities, Egyptian Civil Law contradicted its general rules which set responsibility on a fault that must be proved. It also based these responsibilities on a supposed fault that can be proved otherwise as to the responsibility for another person's actions, and a supposed fault that does not allow the contrary as to responsibility for objects. It thus tries to find better chances for the injured to take damages. Some considered this as an attempt by Egyptian Law to come closer to objective responsibility.

Finally, warranty action is the means by which the injured can face the person responsible in order to get the warranty; the Jordanian Civil Law used the term "warranty" to stand for the consequences of responsibility. Egyptian Law used the term "damages" warranty or damages actions that do not have special rules; it is an action used according to general rules in Due Course of Civil Law in Jordanian Law. Jordanian and Egyptian Laws did not differ as to

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

agree on alleviation or negation after the injury has been inflected and the person responsible known.

Sometimes the person is responsible for the insurance against responsibility as a means to alleviate the effect of responsibility as to his money. He goes to the insurance company and asks them to pay the warranty money or any part of it if there is a proof that he is responsible civically in return for the installment he pays for the company. This insurance is obligatory for the person responsible sometimes as in the insurance against civil responsibility arising from the use of vehicles.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قائمة المراجـــع

أولاً: كتب التفسير وأحكام القرآن وما يتعلق بها

١- أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٥هـ.

٢- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله الأندلسي ابن العربي، دار الكتب العلمية.

ثانياً: كتب الحديث الشريف وعلومه وكتب تخريج الأحاديث

١- أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تقي الدين أبي الفتح ابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة ١٩٦٤.

٣- سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ١٩٩٤.

٤- سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت.

٥- شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامه بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي، تحقيق محمد زهري النجار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت ١٣٩٩هـ.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٨- الفروق، أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الكرابيسي، تحقيق د.محمد طموم، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٢.

٩- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٠- القواعد لابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي، دار الكتب العلمية.

١١- كشف الأسرار، عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، دار الكتاب الإسلامي.

١٢- المنثور في القواعد الفقهية، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥.

١٣- الموافقات في أصول الفقه، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.

رابعاً: مراجع الفقه الحنفي

١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن محمد ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.

٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي.

٤- تنقيح الفتاوى الحامدية، محمد أمين بن عمر ابن عابدين، دار

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢- تبصرة الحكام، إبراهيم بن علي الشهير ابن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية.
٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت.
٤- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد الصاوي، دار المعارف.
٥- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر.
٦- فتح العلي المالك، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار المعرفة.
٧- المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر.
٨- موطأ الأمام مالك، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر.
٩- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨.
١٠- المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب الإسلامي.
١١- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر.

سادساً: مراجع الفقه الشافعي

١- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا، دار الكتاب الإسلامي.
٢- الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر.
١٥- الوسيط في المذهب، محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد تامر، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧.

سابعاً: مراجع الفقه الحنبلي

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي بيروت.
٢- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الزرعي (أبو القيم الجوزية)، دار الكتب العلمية.
٣- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب.
٤- غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب، محمد بن أحمد بن سالم السفاريني، مؤسسة قرطبة.
٥- الطرق الحكيمة، محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن القيم الجوزية)، مكتبة دار البيان.
٦- الفتاوى الكبرى، تقي الدين بن تيمية، دار الكتب العلمية.
٧- الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨.
٨- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت ١٤٠٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

تاسعاً: المؤلفات الفقهية الحديثة

١- أحمد بخيت الغزالي، ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية، ٢٠٠٢.

٢- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق ١٩٩٨.

٣- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٥ سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامية.

٤- صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين ١٩٧٢.

٥- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٩٥.

٦- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٧- عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الرابعة العشرة، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٨.

٨- د. عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠.

٩- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي الجزء الأول والثاني، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٩٦.

١٠- د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم، دار الاعتصام، القاهرة.

١١- فيصل مولوي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه الطبعة الأولى، دار الرشاد الإسلامية، بيروت ١٩٩٨

١٢- د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣- أمجد أحمد منصور، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الأردني، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن.
٤- د. أيمن إبراهيم العشماوي تطور مفهوما لخطأ كأساس للمسئولية عن الفعل الضار دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٥- د. بدر جاسم اليعقوب، المسئولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.
٦- د. جلال محمد إبراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، ١٩٨٩.
٧- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
٨- د. حمدي عبد الرحمن، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق.
٩- د. حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، ١٩٨٧.
١٠- د. حمدي عبد الرحمن، عقد التأمين.
١١- حسن عكوش، المسئولية العقدية والتقصيرية، دار الفكر الحديث، ١٩٧٣.
١٢- حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، ١٩٧٦.
١٣- حسين عامر، المسئولية المدنية، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٥٦.
١٤- حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ١٩٩٨.
١٥- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢.
١٦- سليمان بيات، القضاء المدني العراقي، ١٩٦٢.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢٨- محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسئولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
٢٩- د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦.
٣٠- مصطفى مرعي، المسئولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى ١٩٣٧.

حادي عشر: الرسائل العلمية

١- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسئولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢- إسماعيل محمد المحاقري، الإعفاء من المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٩٦.
٣- حسن الخطيب، نطاق المسئولية المدنية التقصيرية والتعاقدية، رسالة دكتوراه، جامعة باريس، ١٩٥٥، النسخة العربية.
٤- سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٨٥.
٥- عوض محمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٨٣.
٦- فخري رشيد مهنا، أساس المسئولية ومسؤولية عديم التميز، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ١٩٧٤.
٧- محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤- د. بدر جاسم اليعقوب، تحديد مفهوم مباشر الضرر، مجلة الحقوق والشريعة، إصدار مجلس البحث العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني السنة الثانية، ١٩٧٨.

٥- د. عبد الرحمن جمعة، ضمان الضرر الناشئ عن فعل عدم التمييز وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، مجلة دراسات، تصدرها الجامعة الأردنية سلسلة علوم الشريعة والقانون المجلد ١٩ عدد س١ سنة ٢٠٠٢.

٦- مسعد صالح، المسئولية عن الضرر في الفقه الإسلامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الثامنة عشرة، ١٩٧٤.

٧- د. محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون تصدرها الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد ٢٦ كانون الأول ١٩٩٩.

٨- محمد المحاسنة، أصحاب الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حال موت المصاب، بحث منشور في مجلة الحقوق، يصدرها مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرين حزيران ٢٠٠٠.

٩- محمد يوسف الزعبي، مسئولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات المجلد الثاني، العدد الأول ١٩٨٧.

١٠- محمود السرطاوي، حكم التأمين التقليدي وطبيعة التأمين الإسلامي بحث مقدم للندوة التي عقدتها شركة التأمين الإسلامية الأردنية في عمان يوم الخميس ١٩٩٧/٢/٢٣.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سادس عشر: التشريعات

١- القانون المدني الأردني.
٢- القانون المدني المصري.
٣- مجلة الأحكام العدلية.
٤- قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
٥- القانون المدني الكويتي.
٦- القانون المدني العراقي.
٧- القانون المدني السوداني.
٨- القانون المدني اليمني.
٩- مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.
١٠- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.
١١- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.
١٢- قانون العقوبات الأردني.
١٣- قانون محاكم الصلح الأردنية.
١٤- قانون تنظيم أعمال التأمين الأردني.
١٥- نظام التأمين الإلزامي من المسئولية المدنية الناشئة عن استخدام المركبات الأردني.
١٦- تعليمات صندوق تعويض المضرورين من حوادث المركبات.
١٧ قانون التأمين الإجباري عن المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث النقل السريع المصري.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفهـــرس

الموضـــــوع	ص
المقدمة	١
تمهيد التعريف بالقانون المدني الأردني ونظرية الفعل الضار	٧
الباب الأول: أركان مسئولية المباشر والمتسبب	٢٣
الفصل الأول: الفعل الضار	٢٥
المبحث الأول: شروط الفعل الضار بالنسبة للمباشر	٢٧
المطلب الأول: معنى المباشر وحدود مسئوليته في الفقه الإسلامي	٢٧
الفرع الأول: صور المباشرة	٣١
الفرع الثاني: المباشرة والعمد	٣٥
الفرع الثالث: المباشرة والتعدي	٣٦
الفرع الرابع: المباشرة واستعمال الحق	٤٥
الفرع الخامس: أهلية المباشر	٤٨
الفرع السادس: المباشرة والشخص الحكمي	٤٩
المطلب الثاني: معنى المباشر وحدود مسئوليته في القانون المدني الأردني	٥١
الفرع الأول: تعريف المباشر وحدود مسئوليته	٥٣
الفرع الثاني: أهلية المباشر	٦٨
الفرع الثالث: أساس مسئولية المباشر	٧٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدني الأردني
الفرع الأول: شروط مسئولية المتسبب ١٠٤
أولاً: التعدي ومعياره ١٠٥
ثانياً: التعمد ١١٣
ثالثاً: أن يكون الفعل مفضياً إلى إحداث الضرر ١١٨
الفرع الثاني: عديم التمييز والتسبب ١٢١
الفرع الثالث: الشخص الاعتباري والتسبب ١٢٢
الفرع الرابع: تقدير موقف القانون المدني الأردني فيما يتعلق بضمان المتسبب مقارنة بالقوانين الأخرى ١٢٣
الفرع الخامس: أساس مسئولية المتسبب ١٢٥
المطلب الثالث: الضمان في حال اجتماع المباشر والمتسبب ١٢٦
الفرع الأول: الفرق بين المباشر والمتسبب والأهمية المترتبة على ذلك ١٢٦
الفرع الثاني: اجتماع المباشر والمتسبب ١٣٥
أولاً: اجتماع المباشر والمتسبب في الفقه الإسلامي ١٣٦
ثانياً: اجتماع المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ١٤٢
المبحث الثالث: مفهوم ركن الخطأ في القانون المدني المصري ١٥٣
المطلب الأول: تعريف الخطأ وأركانه ١٥٤
الفرع الأول: ركنا الخطأ ١٥٨
أولاً: الركن المادي ١٥٨
ثانياً: الركن المعنوي ١٦٥
الفرع الثاني: محاولة توسيع نطاق المسئولية التقصيرية ١٦٨

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الأول: القوة القاهرة	٢٢٣
الفرع الثاني: فعل الغير	٢٢٥
الفرع الثالث: فعل المضرور	٢٢٦
المطلب الثاني: الضمان عند تعدد محدثي الضرر	٢٢٧
الفرع الأول: اتحاد فعل محدثي الضرر	٢٢٧
الحالة الأولى: تساوي محدثي الضرر في فعلهم واتحاده	٢٢٧
الحالة الثانية: تعاقب الأفعال أو اختلاف الأفعال قوة وضعفاً	٢٢٨
الحالة الثالثة: التضامن بين الفاعلين	٢٣١
الفرع الثاني: اختلاف فعل محدثي الضرر	٢٣٢
المطلب الثالث: الضمان عند تتابع الإضرار (تسلسل النتائج)	٢٣٣
المبحث الثاني: علاقة السببية في القانون المدني الأردني	٢٣٥
المطلب الأول: تحديد علاقة السببية وأحوال انتفائها	٢٣٥
الفرع الأول: تحديد علاقة السببية	٢٣٥
الفرع الثاني: وسائل دفع المسئولية	٢٣٩
أولاً: الآفة السماوية والحادث الأجنبي والقوة القاهرة	٢٤٠
ثانياً: فعل الغير وفعل المتضرر	٢٤٣
المطلب الثاني: تعدد الأسباب	٢٤٤
الفرع الأول: وحدة عمل الفاعلين بأن كانوا مباشرين أو متسببين	٢٤٥
الفرع الثاني: اختلاف عمل الفاعلين بأن كان بعضهم مباشر والآخر متسبباً	٢٤٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني: المسئولية عن الأعمال الشخصية ٢٩٤
المطلب الأول: ما يقع على النفس ٢٩٤
المطلب الثاني: إتلاف المال ٣٠١
المطلب الثالث: الغصب والتعدي ٣٠٢
المبحث الثالث: المسئولية عن فعل الغير. ٣٠٥
المبحث الرابع: صور من المسئولية ٣١٠
أولاً: جناية الحيوان ٣١٠
ثانياً: انهيار البناء ٣١٢
ثالثاً: الأشياء والآلات ٣١٣

الفصل الثاني: أحكام مسئولية المباشر والمتسبب ٣١٩
المبحث الأول: دعوى الضمان ٣٢٠
المطلب الأول: الضمان وتمييزه عن التعويض ٣٢٠
المطلب الثاني: أطراف الدعوى والأحكام العامة لها ٣٢٤
المطلب الثالث: أحوال انتفاء الضمان وتقادم دعوى الضمان ٣٢٧
الفرع الأول: حالات انتفاء الضمان ٣٢٧
الغصن الأول: نفي الضمان بإثبات عدم الفعل أو
الخطأ أو مشروعيته ٣٢٨
أولاً: دفع الصائل أو الدفاع الشرعي ٣٢٩
ثانياً: حالة تنفيذ أمر الرئيس أو أداء الواجب ٣٣٤
ثالثاً: حالة الضرورة ٣٣٨
رابعاً: إتلاف آلات اللهو وغيرها من المحرمات ٣٤٢
خامساً: حالة الإذن بالإتلاف ٣٤٣

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الإسلامي

الفرع الثاني: التأمين من المسئولية المدنية في القانونين المدني الأردني والمدني المصري ٣٩٢

الخلاصة ٤٠١

الخاتمة والتوصيات ٤٠٣

الملخص ٤١٣

الملخص باللغة الإنجليزية ٤١٩

قائمة المراجع ٣٢٧

قائمة المحتويات ٤٤٥

٦٨٠١٦٩

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit